آثار برگزیده حقوق - ۹

دوره حقوق مدنی

خانواده

جلد اول

نکاح و طلاق

روابط زن و شوهر

با تجدید نظر کامل و اضافات

دکتر ناصر کاتوزیان
استاد دانشگاه تهران

آثار برگزیده حقوقی - ۹

دورهٔ حقوق مدنی

خانواده

جلد اول

نکاح و طلاق

روابط زن و شوهر

با تجدید نظر کامل و اضافات

دکتر ناصر کاتوزیان

استاد دانشگاه تهران

سرشناسه:	کاتوزیان، ناصر، ۱۳۰۶-
عنوان و نام پدیدآور:	خانواده، جلد اول: نکاح و طلاق/ دکتر ناصر کاتوزیان.
ص.ع. به انگلیسی:	Nasser Katouzian. Iranian Civil law: Family Law
عنوان دیگر:	دورهٔ حقوق مدنی.
مشخصات نشر:	تهران: انتشار، ۱۳۷۵.
	چاپ هشتم: شرکت انتشار، ۱۳۸۸.
	ویرایش جدید با تجدید نظر کامل و اضافات: چاپ اول.
مشخصات ظاهری:	۲ ج. ج. ۱: دوازده+ ۴۷۶ص.
شابک:	ISBN 978-964-5735-31-7 (set) ISBN 978-964-325-022-5 (Vol. 1)
وضعیت فهرستنویسی:	فیپا.
یادداشت:	کتابنامه: ۴۷۶-۴۵۷ ص.
یادداشت:	مندرجات: ج.۱: نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر.-
	ج.۲: اولاد، روابط پدر و مادر و فرزندان.
موضوع:	۱. حقوق مدنی - ایران. ۲. حقوق خانواده - ایران.
	الف. قوانین و احکام. ب. عنوان.
ردهبندی کنگره:	۷۳ ح۲ک / KMH۵۰۰
ردهبندی دیویی:	۳۴۶/۵۵
شماره کتابشناسی ملی:	۷۸-۳۸۱۰ م

دورهٔ حقوق مدنی

خانواده- جلد اول

نکاح و طلاق

روابط زن و شوهر

ویرایش جدید با تجدید نظر کامل و اضافات

تألیف : دکتر ناصر کاتوزیان

ناشر : شرکت سهامی انتشار

چاپ اول : ۱۳۸۸

چاپخانه حیدری : ۳۵۰۰ نسخه

14500 تومان

شرکت سهامی انتشار

دفتر مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نرسیده به میدان بهارستان، جنب خیابان ملت، شماره ۱۰۲

کدپستی: ۱۱۴۳۹۶۶۵۱۱۸ تلفن: ۳۳۹۰۴۵۹۲ دورنگار: ۳۳۹۴۸۸۶۲

WWW.ENTESHARCO.COM Email: info@entesharco.com

فروشگاه مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نبش خیابان ملت، شماره ۱۰۲، تلفن: ۳۳۱۱۴۰۴۴

فروشگاه شماره ۱: تهران، میدان انقلاب، بازارچه کتاب، تلفن: ۶۶۴۱۳۶۸۴ دورنگار: ۶۶۹۶۷۱۰۴

فهرست عنوانهای اصلی

صفحه

فهرست خواندنی‌ها

قرائت و تمرین

نشانه‌های اختصاری

ق.م.	قانون مدنی
ق.م.ا.	قانون مجازات اسلامی
ق.م.ع.	قانون مجازات عمومی
ق.ت.	قانون تجارت
ق.ث.	قانون ثبت
ق.ا.ح.	قانون امور حسبی
ق.آ.د.ک.	قانون آئین دادرسی کیفری
ق.آ.د.م.	قانون آئین دادرسی مدنی
ق.م.م.	قانون مسؤولیت مدنی
رک.	رجوع کنید
ج.	جلد
چ.	چاپ
س.	سطر
ش.	شماره
ص.	صفحه
ع.	علیه‌السلام
دالوز	مجلهٔ Dalloz سالیانه از رویهٔ قضایی فرانسه
سیری	مجلهٔ Sirey سالیانه از رویهٔ قضایی فرانسه

به نام خداوند جان و خرد

یادداشت این چاپ

از آخرین ویرایش کتاب خانواده بیش از بیست سال می‌گذرد. در این دوران، حقوق خانواده یکی از پرتحرک‌ترین بخش‌های حقوق مدنی بوده است:

زنان از تلاش باز نایستاده‌اند: همپای همسران بار اقتصادی خانواده را به دوش می‌کشند تا به تعادل حقوق خود در این کانون مشترک بینجامد؛ در عرصه‌های فرهنگی و اجتماعی نیز به پایه‌ای رسیده‌اند که دیگر هیچ کس یارای آن ندارد که زن را «ضعیفه» بخواند. حتی در انواع ورزش‌های سنگین نیز کوشیده‌اند تا عقب‌ماندگی تاریخی خود را جبران کنند. دیگر این گروه تمنای یاری از حکومت ندارد؛ به عنوان قدرتی نیرومند خواستار برابری است.

ساختار جامعهٔ صنعتی نیز به این مطالبات دامن می‌زند، چندان که سنت‌گرایان افراطی هم ناچار شده‌اند تا در باورهای خود تجدیدنظر کنند و به سوی تعادل دلخواه گام بردارند.

بیهوده نیست که در این ویرایش عنوان «ریاست خانواده» به «ادارهٔ خانواده» تبدیل شده است تا نمایشگر تعدیل سروری شوهر بر خانواده باشد و با این تحول همگام شود.

– موتور قانونگذاری نیز در این دوران بی کار نمانده است تا شتاب اجتماعی را با آهنگی آرام‌تر دنبال کند: قواعد مربوط به طلاق، حضانت، فسخ نکاح، دادگاه صالح برای رسیدگی به امور خانوادگی، مفهوم عسر و حرج، نفقه، و پاره‌ای از احکام مربوط به قیمومت تغییر کرده و اندیشه‌ها را به دنبال خود کشیده است.

– رویهٔ قضایی هم افتان و خیزان این تحول فکری را دنبال می‌کند؛ جلودار و پیشرو نیست، ولی مقاومت هم نمی‌کند: دیوان عالی کشور، در رأی وحدت رویهٔ قضایی و یکی از آخرین تصمیم‌های خود اعلام می‌کند که: «.. **صدور حکم تقسیط، که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت مهر بوده، مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت ارادهٔ وی را متزلزل**

نمی‌سازد، مگر به رضای مشارالیها. زیرا، اولاً حق حبس و حرج دو مقولهٔ جداگانه است که یکی در دیگری موثر نیست؛ ثانیاً موضوع مهر در مادهٔ مزبور (۱۰۸۵ ق.م.) دلالت صریح بر دریافت کل مهر داشته و اخذ قسط یا اقساطی از آن دلیل بر دریافت مهر، به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست...» (رأی شمارهٔ ۷۰۸-۱۳۸۷/۵/۲۲: مجلهٔ قضاوت، ش ۵۲؛ روزنامهٔ رسمی ۱۸۵۰۶-۱۳۸۷/۶/۲۰)

دادستان دیوان عالی نیز، در رسیدگی به رأی اصراری شعبهٔ ۲۴ دادگاه تجدید نظر استان تهران، دائر بر تحقق عسر و حرج در مورد ترک زندگی خانوادگی و سوءاستفاده شوهر از تعارض قوانین، ضمن درخواست تأیید نظر دادگاه، اعلام می‌کند: رأی دیوان در راستای حمایت از حقوق زنان است (همان مجله، پروندهٔ اصراری حقوقی، ردیف ۵/۸۵). چنان که می‌بینیم، در این تصمیم‌ها سخن از حاکمیت ارادهٔ زن و لزوم احترام به حقوق او در رابطهٔ زناشویی شده است که در نوع خود تازگی دارد.

بدین ترتیب، تحول دلخواه گاه آرام و گاه باشتاب صورت می‌پذیرد و کتابی که می‌باید نمایشگر این تحول باشد، به حکم طبیعت خود تغییر می‌کند و نیاز به تجدید نظر کلی و گاه بازنویسی دارد؛ کاری که در این چاپ رعایت شده است تا دانشجویان و محققان آینه‌ای، هر چند ناچیز و ناقص، از واقعیت در پیش رو داشته باشند.

ولی، در برابر این پیشرفت خوشنودکننده، آنچه مرا سخت آزار می‌دهد، نگرانی از سستی مبانی خانواده و وفاداری زن و شوهر به پیمان زناشویی و آثار آن است؛ ترس از این است که عشق به آزادی و استقلال بر سنت دیرپای احترام به عهد و پیمان چیره شود و زندگی صنعتی به تدنّی اخلاقی انجامد و لبخند رضایت را بر جای خود بخشکاند. آن گاه است که باید عطای پیشرفت را به لقایش بخشید و در حسرت گذشته ماند؛ گذشته‌ای که دیگر بازگشت به آن میسر نیست.

صوفی ار باده به اندازه خورد نوشش باد

ور نه اندیشهٔ این کار فراموشش باد

پانزدهم فروردین ۱۳۸۸

ناصر کاتوزیان

خانواده

جلد اول

نکاح و طلاق
روابط زن و شوهر

«ای خداوند ای قدیم احسان تو»
«آنک دانم و آنک نی هم آن تو»
«تو بفرمودی که حق را یاد کن»
«زانک حق من نمی‌گردد کهن»
مثنوی معنوی - دفتر سوم

پیشگفتار

این کتاب تنها حقوق نیست؛ آمیزه‌ای است از حقوق و اخلاق، از آنچه هست و از آنچه بایستی باشد. نویسندهٔ حقوق، همین که به خانواده می‌رسد، فنونی را که از پیش آموخته نارسا می‌بیند و پای استدلالیان را چوبین. حق نیز همین است، زیرا به دشواری می‌توان عواطف انسان و بازتاب‌های طبیعی او را در قالب قواعد محصور کرد.

بشر در دورانی که از اجتماعی شدن او می‌گذرد کم و بیش آموخته است که، برای همزیستی با دیگران، ناچار باید قواعد اجتماعی را گردن نهد، جامهٔ عاریتی بپوشد و رفتار و کردار خود را ملایم طبع دیگران سازد. ولی، در همین دوران نیز همواره سلوک در خانواده را از مسائل خصوصی مربوط به خود می‌دانسته تا به دلخواه رفتار کند و در کنار زندگی اجتماعی گوشهٔ خلوت و بی‌مزاحمی نیز داشته باشد. شاید هم میل طبیعی به آزاد زیستن باعث شده است تا خانواده را، بسان حداقلی از محیط آزاد، برای خویش محفوظ دارد و آن را به عنوان کانونی مقدس از دسترس دولت‌ها دور نگاه دارد.

حقوق برای نفوذ در این کانون همیشه با موانع بزرگ روبه‌رو شده است. حکیمان رخنهٔ دولت در این سرای مردمی را زیان بار و خطرناک شمرده‌اند و با جدا ساختن «تدبیر منزل» از «سیاست مدن» مرز قاطع و طبیعی میان دولت و خانواده را نمایان ساخته‌اند. تجربه نشان داده است که هرگاه دولت‌ها خواسته‌اند وجود خویش را بر خانواده تحمیل کنند به آن آسیب رسانده‌اند. پس، ناچار یا به ویرانی این کانون کمر بسته‌اند تا مانع خودکامگی و قدرت نمایی خویش را از میان بردارند، یا به ساختن

چهارچوب بیرونی آن قناعت کرده‌اند تا شکل دلخواه را به آرامی مستقر سازند و نظم بیرونی و مالی خانواده را در بازرسی خود گیرند.

حقوق به دشواری به درون این مأمن طبیعی راه می‌یابد، زیرا وسیله تضمین قواعد خود را ندارد. آنچه در آن می‌گذرد، از خصوصی‌ترین و عاطفی‌ترین چهره‌های زندگی است. نه شاهدی برای رفتار ناهنجار می‌توان آورد نه ضابطهٔ دقیقی برای ارزیابی سلوک همسران بدست داد. همه چیز نسبی و عرفی و تابع شرایط مادی و معنوی زندگی خاص هر خانواده است و حقوق نمی‌تواند دربارهٔ چنین محیطی به طور شایسته تصمیم بگیرد. پس، ناچار به وضع قواعدی مبهم و مجرد، مانند لزوم همکاری زن و شوهر و رفتار عادلانه با همسران، می‌پردازد و تعیین مصداق این همکاری و عدالت را به عرف و اخلاق وامی‌گذارد.

ولی، دروازه‌های این قلعه همیشه به روی قواعد اخلاقی باز است، چرا که خود نیز ساختهٔ همین قواعد است. اخلاق در نفوذ خود به خانواده مانعی در راه ندارد، زیرا از روزن دل و به نیروی اعتقاد راه خود را می‌گشاید و نیازی به ضمانت اجرای خارجی و حکم زندان و غرامت نمی‌بیند.

آنان که در پی یافتن قواعد حاکم بر خانواده یا اصلاح آن هستند، خواه در مقام قانونگذار یا دادرس و استاد، بایستی در کنار کاوش‌های حقوقی، از جامعه‌شناسی خانواده نیز یاری بخواهند تا آنچه را به واقع حاکم بر خانواده است دریابند؛ از سنت‌ها غافل نمانند و در تفسیر قواعد آرمان‌های مذهبی و انسانی را از عوامل مؤثر شمارند زیرا استحکام خانواده بر پایهٔ همین سنت‌ها و آرمان‌ها نهاده شده است و ریشهٔ بسیاری از قواعد در آنها نهفته است.

خانواده را نمی‌توان در ردیف ادارهٔ آبیاری یا ثبت اسناد نوسازی کرد و نمونهٔ غربی برای آن برگزید و دگرگون ساختن آن با از دست دادن هویت ملی همراه است. به ویژه، اگر بنیان خانواده جنبهٔ مذهبی و روحانی داشته باشد، چنان که در جامعهٔ ما نیز چنین است، این مسخ ملی آشکارتر می‌شود. زیرا، دریغ است که روابط زن و شوهر و مادر و فرزند را، به جای اخلاق و سنت‌های مذهبی، قوانین اداره کند.

طبع خانواده با حقوق و احکام آمرانهٔ آن سازگار نیست و اثر قوانین در ایجاد نظم در آن ناچیز است. پس، اگر در پی آن باشیم که سنت‌ها را به دور افکنیم و قانون را جایگزین آن سازیم، در واقع آن را میان تهی می‌سازیم. آنگاه است که زن و شوهر

چون دو مدعی در برابر هم ظاهر می‌شوند، زن در برابر ادارهٔ منزل از شوهر دستمزد می‌خواهد و بسان سایر مزدوران کارشکنی و اعتصاب می‌کند؛ شوهر نیز در برابر پولی که می‌دهد سروری و حکومت می‌خواهد و گاه نیز با الگوی غربی معشوقه داشتن را حق خود می‌داند. کودکان در میانهٔ نزاع یا به حساب نمی‌آیند یا وسیلهٔ تهدید و ارعاب می‌شوند.

حقوق نمی‌تواند از کسی انتظار فداکاری داشته باشد؛ به ساختن انسانی منظم و غیرمتجاوز قانع است و عدالت را در این می‌بیند که هر کس به حق خویش برسد. ولی، خانواده به چیزی بیش از این‌ها نیاز دارد. فداکاری و غیرخواهی شرط نخست و سنگ زیرین این بنا است. عاشق صادق آن نیست که در راه معشوق به خود بیندیشد و در جستجوی منافع خویش باشد، همچنان که مادر و پدر دلسوز نیز در راه سعادت فرزندان از خود می‌گذرند و آنچه را نمی‌بینند چند و چون کار خویش است. فرزند بایستی فداکاری و ایثار را در این مکتب فرا گیرد و مفهوم اجتماع همبسته و همدل را بفهمد. نخستین درس را مادر به او می‌آموزد که شیرهٔ جانش را به رایگان تقدیم می‌کند تا استخوان فرزند را استوار سازد و شب بر بالین او نمی‌خوابد تا گهوارهٔ نوردیده را به نظم جنباند و خواب نازش را شیرین‌تر کند. پدر نیز برای او تلاش می‌کند و هر چه دارد به پایش می‌ریزد تا نهال نوخاسته را برومند سازد. وجود خویش را در او می‌بیند و از مرز فداکاری می‌گذرد تا به یگانگی برسد.

اگر پدر و مادر یا همسران چنین نباشند در پیشگاه اخلاق قاصر و مردودند، ولی آیا حقوق می‌تواند تا این اندازه در تنظیم روابط اشخاص پیشروی کند؟ و آیا وسایل آن را دارد که جمعی را وادار به چنین اتحادی سازد؟ قانون می‌تواند مظهری خشک و بی‌روح از این همه احساس لطیف و تکالیف گوناگون اخلاقی را مورد حکم قرار دهد: شوهر را وادار سازد که نفقهٔ زن و فرزند را بپردازد، یا از زن بخواهد که در مسکن شوهر بسر برد، یا طفلی را که از خانه گریخته بازگرداند یا انحلال خانواده را اعلام کند. لیکن، آیا این‌گونه احکام برای تأمین سلامت خانواده و ایجاد روح همبستگی در آن کافی است؟

نقش حقوق را در تنظیم خانواده نباید انکار کرد، زیرا هستند کسانی که جز به زور به هیچ منطقی تسلیم نمی‌شوند و دربارهٔ اینان تنها حقوق می‌تواند حداقلی از نظم و عدالت را مستقر سازد، ولی آنچه گاه از نظرها دور می‌ماند این است که آخرین و

ناقص‌ترین حربه را نباید جایگزین نظام اصلی خانواده کرد و بدین دل خوش داشت که قانونگذار برابری و عدالت را مستقر بسازد. این درست بدان می‌ماند که ادعا شود شهربانی جامعه را بی نیاز از دانشگاه می‌سازد یا پادشاهان می‌توانند به جای پیامبران نشینند.

با توجه به این حقایق است که در آغاز پیشگفتار اشاره شد که این کتاب تنها حقوق به معنی مرسوم خود نیست، یا به بیان دیگر، حقوق خانواده رنگ و چهرهٔ دیگر دارد و جنبهٔ انسانی و عاطفی آن بر سیمای منطقی قواعد غلبه دارد و بر همهٔ راه حل‌ها سایه افکنده است. این نکتهٔ به ظاهر بدیهی کلید اصلی همهٔ معماها و بی‌عنایتی بدان سرچشمهٔ همهٔ کجروی‌ها است. پس، شیوه‌های قانونگذاری یا تفسیر قواعد را از دو جهت باید نکوهش و محکوم کرد:

۱. در سال‌های اخیر، زیر فشار نیروهای پنهان و آشکار پاره‌ای از گروه‌ها، قواعد حاکم بر خانواده دگرگون شد و ناتوانی مجالس قانونگذاری باعث گردید تا در ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ قوانین طلاق و نکاح و بخشی از قواعد ولایت یکسره تغییر کند. هنگامی که صفحه‌های این کتاب در چاپخانه بود دولت اعلام کرد که لایحهٔ اصلاح قانون حمایت خانواده در دست تهیه است و اگر زمانه اجازه می‌داد هم اکنون قانونی دیگر داشتیم و خانواده ای دیگر.

دولت از این اقدام خوشنود می‌نمود، زیرا به قصر ملکوت و پایگاه ملی رخنه می‌کرد. می‌خواست نظم خویش را جانشین سنت و اخلاق کند و توفیق در این راه حتی به بهای واژگون کردن این قلعه می‌ارزید. جمعی از کوته‌نظران نیز شادمانه زمزمه می‌کردند که سرانجام «اجتماعی شدن حقوق» به خانواده‌ها نیز کشیده شد و زورگویی‌های فردی جای خود را به «عدالت خواهی» داد. اقلیتی نیز پیروزی خود را جشن می‌گرفتند که نیروی اهریمنی سنت‌ها را شکستیم و آنچه را می‌خواستیم بر جایش نشاندیم. ولی، آنچه بر جای ماند بالا رفتن آمار طلاق، فزونی یافتن کودکان بی‌هویت و گریز جوانان از تشکیل خانواده و تنزل ارج و احترام زن در جامعه بود. سازمان عاریتی زنان که خود را فاتح بزرگ میدان می‌دانست، بیش از همه برای آنان ضرر به بار آورد و آنچه به دست آورد سرابی بود که ارزش این خسران را نداشت.

باید اعتراف کرد که در میان نیروهای طرفدار تجدد فریادی از ظلم نیز به گوش می‌رسید و بازتابی از ستم نیز دیده می‌شد و نباید اثر این نیرو را، هر چند که ناچیز

باشد، نادیده گرفت. از سنت‌ها سوء استفاده می‌شد و اخلاق را نیز جمعی به بازیچه می‌گرفتند و آنچه را پیشینیان مکروه‌ترین می‌شمردند اینان محبوب‌ترین می‌دانستند. پس، جای آن بود که لجامی بر این خودسری‌ها زده شود و طلاق به گونه‌ای محدود گردد تا بانوی خانه و مادر خانواده در برابر هوسبازی‌های شوهر نادان بی‌پناه نماند. این ضرورت را همه احساس می‌کردند و حکم اخلاق چنان توانا می‌نمود که قانونگذار را به دنبال خود می‌کشید. ولی اصلاحی از این‌گونه می‌توانست، بی اینکه نیازی به بازسازی قوانین خانواده و هیاهو درباره بردگی پیشین زن و آزاد شدن او باشد، در چارچوب اصول پیشین انجام گیرد و همراه با احکام غیر منطقی و گاه متضاد دیگر نشود.

در این پیش گفتار جای انتقاد از قوانین حمایت خانواده نیست و دانشجویان و سایر خوانندگان می‌توانند در این باره به متن کتاب رجوع کنند. ولی به اجمال می‌توان گفت قانونگذار، چنان که شایستهٔ عنوان «حمایت خانواده» است، در این باره به وضع قواعد نپرداخته و گاه انحلال بیهودهٔ خانواده را نیز دامن زده است.

باید افزود که سنت‌های پا گرفته در خانواده‌های ما استوارتر از آن است که با این ضربه‌ها فرو ریزد. چنان که امروز نیز تودهٔ مردم به راه خود می‌روند و برای تنظیم روابطشان کمتر به قانون و دادگاه روی می‌آورند. اخلاق نیز به آرامی پاره‌ای نهادهای تازه را پذیرفته است. به بیان دیگر، عادات و رسوم و سنت‌ها در ملایم ساختن قوانین نقش طبیعی خود را انجام داده و آنها را در خود حل کرده است. لیکن، این ایستادگی ملی همیشه پایدار نمی‌ماند و اگر روش دولت‌ها ادامه یابد رفته رفته به سستی می‌گراید و این آغاز یک فاجعهٔ ملی است. خانواده نیاز به سکون و ثبات و احترام متقابل و همبستگی دارد و آن آرامش را نباید با تغییر پی در پی قوانین بر هم زد و نظم دولتی را جانشین سنت‌ها و عادات ملی ساخت.

۲. در کنار قانونگذاری‌های شتابزده و زیانبار، باید شیوهٔ کسانی را هم که قواعد عمومی معاملات را در روابط زن و شوهر اجرا می‌کنند، نکوهش کرد. در تشکیل خانواده، نوعی اتحاد و همبستگی مالی و عاطفی مورد نظر است نه معامله. پس، آنچه مفهوم «عدالت معاوضی» در قراردادها ایجاب می‌کند، در روابط زن و شوهر قابل اعمال نیست. تن انسان و عشق و وفاداری او قابل خرید و فروش و معاوضه نیست تا بتوان تکلیف شوهر به پرداختن مهر را تعهد متقابل زن نسبت به سکونت مشترک و داشتن

رابطهٔ جنسی با او پنداشت و از این رابطه احکامی مانند «حق حبس برای شوهر» استنباط کرد، یا قواعد تدلیس و عیب را، چنان که در سایر معاملات است، در نکاح نیز به کار بست.

حقوقدان، هنگام تفسیر و اجرای قواعد خانوادگی، باید به خاطر داشته باشد که با رابطهٔ دو انسان بی هیچ واسطه‌ای روبه‌رو است و هدف این بخش از حقوق با تعهدات و قراردادها تفاوت کلی دارد. باید در تلطیف و اخلاقی کردن قواعد بکوشد و سرنوشت خانواده را فدای منطق حقوق نسازد، به مصلحت‌اندیشی پردازد و آرمان‌های اخلاقی را در تعبیر قواعد مؤثر سازد. این همان شیوه‌ای است که در تنظیم این کتاب به کار رفته و به «روش علمی آزاد» شباهت دارد.

به هر حال، این مجلد از حقوق مدنی نیز در مرحلهٔ نخست برای دانشجویان حقوق فراهم آمده است، هر چند که تنوع مطالب و توجیه اخلاقی و تاریخی پاره‌ای از راه‌حل‌ها آن را مفصل‌تر از درس معمول یک نیمسال تحصیلی کرده است. به نظر نویسنده، حقوق خانواده باید همراه با ملاحظه‌های فلسفی و اجتماعی مربوط به آن آموخته شود و همین تفصیل آن را جالب‌تر و مفهوم‌تر می‌سازد. به ویژه که بخش مهمی از مباحث ولایت و حضانت و فرزند خواندگی و نسب در «اشخاص» و «دلایل اثبات دعوی» تدریس می‌شود و سنگینی درس «خانواده» را تعدیل می‌کند. استاد نیز می‌تواند با انتخاب شایستهٔ مطالب آن را در خور زمان درس و فهم دانشجویان سازد.

به اضافه، نگارنده امیدوار است دادرسان و وکلای دادگستری و سردفتران نیز راه‌حل مسائل خویش را درکتاب بیابند و هدیهٔ ناچیزی را که به جامعهٔ آنان تقدیم می‌شود پذیرا گردند.

تهران – هشتم مهرماه ۱۳۵۷

امیر ناصر کاتوزیان

با تو پیوستم و از غیر تو دل ببریدم
آشنای تو ندارد سر بیگانه و خویش
به عنایت نظری کن که من دلشده را
نرود بی مدد لطف تو کاری از پیش

سخنی دربارهٔ چاپ دوم

خانواده پناهگاه انسان اجتماعی است؛ مأمنی که به دلخواه برگزیده می‌شود تا جایی برای سکون و آرامش باشد. عادات و رسوم اجتماعی و اخلاق سر پناه و محافظ این مکان مقدس است و راه نفوذ قوانین دولتی را می‌بندد. با وجود این، حکومت از هر فرصت استفاده می‌کند تا چتر حمایت بر فراز آن بگسترد و بدین بهانه از دیوارهای سنتی بگذرد. روزی این نفوذ به نام تجدد و حمایت از حقوق زن و کودکان انجام می‌گیرد و روز دیگر برای زدودن آثار نامبارک آن تحول و استقرار سنت‌ها. در هر حال، سیاست و مصلحت این چهرهٔ زندگی را نیز آرام نمی‌گذارد و می‌کوشد تا حرکت خانواده را در استخدام داشته باشد.

نسخ بخش مهمی از قانون حمایت خانواده، تشکیل دادگاه مدنی خاص، اصلاح قواعد نکاح و طلاق و ولایت و تمایل رویهٔ قضایی بر اجرای احکام سنتی فقه، از عواملی است که چهرهٔ حقوق خانواده را در ده سال اخیر به کلی دگرگون ساخته است. ثبات نسبی که در این زمینه دیده می‌شود مرهون مقاومت آداب و رسوم اجتماعی است، و گرنه همه چیز در هم می‌شکست.

در این دوران، حتی آسیب‌ها هم تغییر چهره داده است :

زمانی که چاپ نخست این کتاب انتشار می‌یافت، خانواده از سرکشی و سنت شکنی و تقلیدهای ناروا و، به طور خلاصه، از سستی و بی حرمتی رنج می‌برد. ولی، اکنون از غم پراکندگی و فراق و داغ بیمار است. آن روز به قهر و نظم نیاز داشت و

امروز به تیمار؛ به مرهمی که بر زخم‌ها نهد و توان راه رفتن را بازیابد.

برای این تیمار و هدایت، حقوق به سختی ناتوان است. ولی، باید از تلاش باز نایستد؛ آنچه دارد در طبق اخلاص نهد و بکوشد تا سکون و امنیت را به خانواده‌ها بازگرداند و از پراکندگی‌ها بکاهد.

بخش مهمی از این تلاش بر عهدهٔ قانونگذار است، ولی دادرسان و نویسندگان حقوقی نیز در این زمینه مسؤولند. اینان نقش پرستار را دارند و باید دارویی را که به بازار آمده است به هنگام و با لطافت به بیمار دهند و از هر فرصت برای دلجویی و دلگرمی او استفاده کنند.

در کتاب حقوق ناچار بایستی به شرح و تفسیر قوانین پرداخت و برخورد نظام قانونی را با اخلاق و رسوم اجتماعی مطالعه کرد و، در نتیجه، به «حقوق زنده» دست یافت. به همین جهت، با تغییر قوانین، بخش‌های مهمی از این کتاب دوباره تدوین و نوشته شده است. به ویژه، در مورد طلاق، تألیفی تازه است که برای نخستین بار منتشر می‌شود. در برداشتی تازه، که در مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. ارائه شده و در قوانین گذشته و فقه نیز سابقهٔ روشنی ندارد، مبنای «طلاق به درخواست زن» عسر و حرج او در ادامهٔ زندگی خانوادگی است و همهٔ موجبات دیگر بر پایهٔ این قاعده ارزیابی می‌شود. همین تحول بخش مهمی از کتاب را تغییر داده است.

چند مبحث تازه نیز بر کتاب افزوده شده است: مسؤولیت ناشی از حضانت، که در واقع چهرهٔ ویژه‌ای از احکام مسؤولیت مدنی در روابط خانوادگی است و مبحث «قیمومت» و چندین بخش تازه از «خواندنیها» در زمینه‌های تلقیح مصنوعی و آشنایی با حقوق خارجی و شناسایی فرزند طبیعی و مسائل مربوط به تعارض زمانی و مکانی قوانین از جملهٔ آنها است. تازه‌های رویه قضایی هم در نشر تازه چشمگیر است و نقل و نقد آنها مطالب نظری را به واقعیت‌ها پیوند می‌دهد.

گذشته از اینها، منابع فقهی و خارجی کتاب نیز فزونی یافته و نکته‌های حقوقی و اجتماعی بسیار بر متن پیشین افزوده شده است، چندان که می‌توان گفت کمتر عنوانی است که دست نخورده به جا ماند و موضوع اصلاح یا تغییر و تکمیل قرار نگیرد. به همین جهت، باید پذیرفت که آنچه در این نشر ارائه می‌شود فراتر از یک متن تجدیدنظر شدهٔ عادی است و، اگر آن را تألیفی نو یا بازنوشته‌ای از حقوق خانواده بنامیم، گزاف نگفته‌ایم.

از سوی دیگر، طبع قواعد مربوط به پیوند زن و شوهر و انحلال آن با آنچه در رابطهٔ پدر و مادر و فرزندان طرح می‌شود با هم تفاوت آشکار دارد: منبع نخستین رابطه، عمل حقوقی است که به تراضی واقع می‌شود و با انشاء عمل ارادی دیگر پایان می‌پذیرد. در نتیجه، اراده در آن نقشی مؤثر دارد. ولی، رابطهٔ دوم در زمرهٔ وقایع حقوقی است که نظم آن به قانون سپرده شده است. نسب و انفاق و ولایت و حضانت در شمار نهادهای اجتماعی است که به وسیلهٔ قواعد امری احاطه و اداره می‌شود و تراضی در آن سهمی ناچیز و فرعی دارد. درست است که این دو رابطه در نهاد عام‌تر خانواده به هم پیوند می‌خورد و سازمان حقوقی گسترده‌تری را تشکیل می‌دهد، لیکن این اتحاد نیز مانع از دوگانگی طبیعت موضوع‌های مورد مطالعه نیست.

از نظر حجم مطالب هم تدوین تازه به دشواری در یک مجلد می‌گنجید. پس، کتاب خانواده را در دو مجلد فراهم ساختیم، بدین گونه که یکی به رابطهٔ زن و شوهر، یعنی نکاح و طلاق، اختصاص یابد و دیگری ویژهٔ رابطهٔ پدر و مادر و فرزندان باشد. مجلد دوم از نسب آغاز می‌شود، سپس به همبستگی خانوادگی و آثار آن (مانند الزام به اتفاق) و سرپرستی و حمایت از کودکان و محجوران خانواده می‌پردازد و سرانجام به فرزند خواندگی می‌رسد.

در تدوین تازهٔ بخش خانواده، کوشیده‌ام تا با نقد نهادهای مفید و مزاحم راه رسیدن به عدالت را هموار سازم. از تاریخ و جامعه‌شناسی و تحلیل قوانین استفاده کرده‌ام تا به حقوق زنده دست یابم. ولی، هرگز به آن پای نبستم و از آرمانی که در دل داشتم غافل نماندم. گاه نیز شوق برقراری عدالت مرا از حصار قوانین بیرون برده است:

سالیانی دراز است که قانع شده‌ام وجدان دادرس باید در اجرا و تفسیر قوانین جای شایسته‌ای داشته باشد و پای چوبین استدلال و اطاعت از قوانین دولتی دست و پای دادرس را به طور کامل نبندد. تنها در این فرض است که قانون نیز جان می‌گیرد و با اخلاق و رسوم اجتماعی حرکت می‌کند. دیگر واژه‌ای بی‌روح بر صفحهٔ کاغذ یا امر حکومت نیست؛ شمشیر برّان عدالت و مرهم انصاف است؛ با نیازها همگام و با آرمان‌ها همسو است.

سعی من بر این است که قوانین را محترم شمارم و نظم را نگاه دارم، ولی این شکیبایی نیز برای خود حدی دارد. همین که با ستمی آشکار روبرو شوم، در پشت سدهای شهرت و رسم و رویهٔ قضایی و صنایع ادبی و منطقی فرو نمی‌مانم. از هر

وسیله که علم حقوق در اختیارم نهاده است بر آن قاعده می‌کوبم، تا از رونق و جلا بیفتد. اگر بتوانم از آن می‌گذرم و، اگر چندان صریح باشد که وامانم، سرافرازم که با ظلم درافتاده‌ام. آسودگیم آنجا است که غباری بر چهره عدالت نبینم... چه کنم حرف دگر یاد نداد استادم.

تهران - بیست و هفتم شهریور ماه ۱۳۶۷
ناصر کاتوزیان

مقدمه

مفهوم و اهمیت خانواده

۱. تعریف خانواده :

در قانون مدنی، « خانواده» به عنوان «سازمان حقوقی» ویژه مطالعه نشده است. رابطهٔ زن و شوهر و حقوق و تکالیفی که پدر و مادر و فرزندان در برابر هم دارند، به‌گونه‌ای پراکنده و زیر عنوان‌های «نکاح و طلاق» و «اولاد» و «حجر و قیمومت» مورد بررسی قرار گرفته است. کتاب نهم نیز، که با عنوان «خانواده» آغاز شده است، تنها قواعد مربوط به انفاق خویشان را دربردارد. به همین جهت، تعریف حقوقی خانواده، با همهٔ روشنی ظاهری، دشوار است:

می‌دانیم که، خانواده به گروهی از اشخاص گفته می‌شود که در اثر قرابت یا نکاح با هم بستگی دارند. ولی، آنچه به نظر مسلم می‌رسد این است که مفهوم خانواده تمام خویشان نسبی و سببی شخص را در برنمی‌گیرد. پس، با ملاحظهٔ حقوق و تکالیفی که قوانین برای اعضای خانواده در برابر هم مقرر داشته است، باید حد قرابتی را که سبب ایجاد رابطهٔ خانوادگی است تعیین کرد:

خانواده، بیش از آن که «سازمان حقوقی» باشد، نهادی اجتماعی و شناخته شده است و به همین خاطر نیز مفهوم آن تابع نظام سیاسی جامعه می‌شود.

خانوادهٔ دوران خانسالاری با خانوادهٔ جامعهٔ سرمایه‌داری و سوسیالیستی مفهومی یکسان ندارد. آثار این همبستگی نیز یکسان نیست؛ چنان که از مسؤولیت تضامنی اعضای خانواده در جوامع پیشین، در خانوادهٔ امروز چیز مهمی به یادگار نمانده است. در واقع، خانواده با جامعه زندگی مشترک دارد و پا به پای آن تحول پیدا می‌کند.

بنابراین، به دشواری می‌توان نشانه‌های ثابت و قاطعی برای تمیز آن از سایر

خویشاوندان به دست داد و هرچه در این بابت گفته شود بیان مفهومی است که ما در جامعهٔ کنونی در ذهن خود پرورده‌ایم. منتها، باید دانست که مفاد قوانین نیز در ترکیب این مفهوم ذهنی سهمی به سزا دارد.

در جامعهٔ امروز، اعضای خانواده از هم ارث می‌برند، مکلف به انفاق یکدیگرند و برای تأمین سعادت این نهاد مسؤولیت مشترک دارند، و مقامی جمع آنان را رهبری می‌کند.

با پذیرفتن این ضابطه، هیچ یک از اقربای سببی را، جز همسر شخص، نباید در زمرهٔ این جمع آورد: در اثر نکاح، میان شخص و پاره‌ای از خویشان همسر او ایجاد حرمت می‌شود (مادهٔ ۱۰٤۷ ق.م.) و گاه نیز قوانین بنا به مصلحتی داوری و حکم کردن دربارهٔ آنان را ممنوع می‌دارد (مواد ۲۰۸ و ٦٥٤ ق.آ.د.م.)، ولی این احکام بستگان سببی را در شمار افراد خانواده نمی‌آورد. قرابت رضاعی نیز تنها «از حیث حرمت نکاح، در حکم قرابت نسبی است...» (مادهٔ ۱۰٤٦ ق.م.) و مادهٔ ۱۰۳۱ قانون مدنی از آن یاد نکرده است.

با این ترتیب، تنها خویشان نسبی و همسر در تشکیل خانواده سهمی دارند: ولی، در این گروه برگزیده نیز همهٔ خویشان نسبی قرار نمی‌گیرند و از نظر حقوقی باید یکی از این معیارها را برای به دست آوردن تعریف خانواده برگزید:

۱. مادهٔ ۸٦۲ قانون مدنی طبقات وارثان را معین کرده است. پس، ممکن است ادعا شود که تمام کسانی که از هم ارث می‌برند و مادهٔ ۸٦۲ از آنها نام می‌برد خانوادهٔ متوفی هستند. این مفهوم گسترده، برای شناخت خانواده در سده‌های پیشین مناسب می‌نمود، ولی در نظام حقوق کنونی به کار نمی‌آید. زیرا نواده‌های خاله یا عموی شخص، جز از راه ارث، هیچ رابطهٔ حقوقی با او ندارند و این رابطه نیز چندان قوی نیست که بتوان همهٔ وراث را در یک «سازمان حقوقی» آورد.

از نظر اجتماعی نیز این گروه، به ویژه در شهرها، هیچ همبستگی اجتماعی و عاطفی با هم احساس نمی‌کنند و چه بسا که در تمام دوران زندگی بیش از چند بار یکدیگر را نبینند. به همین جهت، امروز مردم ما خویشانی را که در طبقه‌های ارث آورده شده‌اند گروه اجتماعی خاص نمی‌دانند.[1] با وجود این، نام خانوادگی مشترک برای این گروه،

۱. برای دیدن تعریفی از خانوادهٔ گسترده، رک: پلنیول و ریپر، ج ۲ به وسیلهٔ رواست (Rouast) ش۱ – ←

یادگار باقی مانده از دوران گذشته است (مواد ۹۹۷ و ۹۹۸ ق.م.).

۲. چون طبیعت هرگروه اقتضا دارد که مقامی آن را هدایت کند و تکلیف رهبری و حمایت تنها در رابطهٔ زن و شوهر و فرزندان صغیر آنان وجود دارد، پس همسر شخص و فرزندان او، تا زمانی که از ولایت و سرپرستی پدر و مادر خارج نشده‌اند، خانواده را تشکیل می‌دهند: یعنی خانواده محدود است به زن و شوهر و فرزندان ایشان.

۳. در درستی این ضابطه نیز رفته‌رفته تردید ایجاد می‌شود و این تمایل آشکارا به چشم می‌خورد که در خانواده، به ویژه در روابط زن و شوهر، تعاون و همبستگی جایگزین رهبری و اداره می‌شود. با وجود این، از آن جا که در حقوق ما ادارهٔ خانواده به مفهوم تازهٔ خود هنوز هم با شوهر است و فرزندان خانواده نیز در حمایت پدر و مادر هستند، می‌توان معیار رهبری و هدایت را نیز بر تعاون و همبستگی افزود و برای تمیز خانواده به کار برد.

تاریخ نشان می‌دهد که خانواده به تدریج معنای وسیع خود را از دست داده و امروز در حقوق بیشتر کشورها کم و بیش همین مفهوم را دارد. در مادهٔ ۱۱۰۵ قانون مدنی، که آمده است «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است»، واژهٔ خانواده همین معنی محدود را القا می‌کند.

باید افزود که در حقوق ما، از لحاظ نظری، خانواده مفهوم وسیع‌تری دارد و منحصر به زن و شوهر و فرزندانشان نیست. زیرا جد پدری نیز، در کنار پدر، بر نواده‌های خود ولایت دارد، و پس از مرگ یا حجر پدر نیز، یگانه ولیّ کودکان بازمانده از او است (مواد ۱۱۸۱ و ۱۱۸۲ ق.م.).[1] الزام به دادن نفقه نیز در میان خویشان در خط مستقیم وجود دارد و محدود به خویشان درجهٔ اول نیست (مادهٔ ۱۱۹٦ ق.م.).

با این همه، چون تا پدر زنده و صالح است در عمل جد پدری در امور اطفال

←مالوری و انس و فولشیرون (Fulchiron)، خانواده، ج ۲، ش ۴ و ۸ (۲۰۰۶).

۱. قانون حمایت خانواده مصوب ۵۳/۱۱/۲۳ به پیروی از واقعیت‌های اجتماعی، به سنت‌شکنی دست زد و این حکم را تعدیل کرد. به موجب مادهٔ۱۵ این قانون، در زمان حیات و سلامت و لیاقت پدر، جد پدری سمتی در ادارهٔ امور نوادهٔ خود نداشت و در صورت سقوط یا تعلیق ولایت پدر نیز سمت او منوط به تصویب دادگاه شهرستان می‌شد و این خودگامی در راه محدود کردن خانواده و سازگار کردن مفهوم اجتماعی آن با مقررات بود. ولی، نسخ این ماده از قانون حمایت خانواده و تأیید مواد ۱۱۸۱ و ۱۱۸۲ ق.م .در اصلاح سال ۱۳٦۱ دوباره ولایت جد پدری را تثبیت کرد.

دخالت ندارد و الزام به انفاق نیز، با شرایط خاصی که دارد، نمی‌تواند مبنای تشکیل خانواده قرار گیرد، از این استثناها می‌توان به آسانی گذشت و در تعریف خانواده گفت: **«گروهی است که، به دلیل قرابت یا زوجیت، همبستگی حقوقی و اجتماعی یافته و در رهبری و ادارهٔ مقامی قرار گرفته است».**

در این تعریف، عامل رهبری و ریاست، اجمال ناشی از درجهٔ قرابت نسبی را برطرف می‌سازد و نشان می‌دهد که در خویشان سببی تنها زن یا شوهر در این گروه قرار می‌گیرد و سایر خویشاوندان سببی (مانند پدر یا مادر همسر) تنها در پاره‌ای از آثار منفی خانواده (مانند حرمت نکاح) با اعضای اصلی شریکند. باید دانست که این گروه شخصیت حقوقی مستقل ندارد و نمی‌تواند طرف معامله یا دعوا قرار گیرد. هر یک از اعضای خانواده دارایی و شخصیت مستقل دارد و هیچ مقامی نمی‌تواند به نام خانواده و نمایندگی گروه اقدام کند.[1]

۲. اهمیت اجتماعی و اخلاقی خانواده:

خانواده کهن‌ترین و مهم‌ترین گروههای انسانی است. تمایل جنسی زن و مرد و محبت فطری که پدر و مادر نسبت به فرزندان خود دارند، موجب شده است که خانواده، به عنوان واحدی طبیعی و محترم، از دیرباز به وجود آید. همان‌گونه که تشکیل اجتماع از ضرورتهای طبیعت انسان و تأمین سعادت اوست، خانواده نیز به حکم نیازها و غرایز انسانی ایجاد شده است.

اصل دهم قانون اساسی، نقش بنیادی خانواده را در حقوق نیز اعلام می‌کند. در این اصل می‌خوانیم: **«از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعهٔ اسلامی است، همهٔ قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایهٔ حقوق و اخلاق اسلامی باشد».** این اصل، نه تنها تکلیف دو قوهٔ قانونگذاری و اجرایی را دربارهٔ خانواده معین می‌کند، در بیان نظر قانونگذار به هنگام تفسیر قوانین و ایجاد رویهٔ قضایی نیز مؤثر است و هدف نظام

---

۱. در این که آیا خانواده بایستی شخصیت حقوقی پیدا کند یا همچنان شخصیت انفرادی اعضای آن مورد توجه باشد، بین نویسندگان فرانسوی اختلاف است (برای مطالعه در این باب، رک: کاربونیه، حقوق مدنی، چاپ پنجم، ج ۱، ش ۸۹، ص ۲۹۶ - پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش۸ مکرر - کورنو، خانواده، ش ۳).

حقوقی را دربارهٔ خانواده روشن می‌سازد.

خانواده نخستین اجتماعی است که بشر در آن پای می‌نهد و در آن جاست که مفهوم از خودگذشتگی و تعاون را فرا می‌گیرد و برای شرکت در گروه‌های بزرگ‌تر آماده می‌شود. خانواده تنها مکتب شایسته‌ای برای اجتماعی کردن انسان نیست؛ وسیلهٔ بسیار مؤثری برای حمایت از او نیز هست. زیرا، اگر پدر به حمایت و سرپرستی از فرزندان پای‌بند نباشد و کودکان خود را در دل اجتماع بی‌پناه گذارد، معلوم نیست چه سرنوشتی در انتظار آنهاست و تا چه اندازه می‌توان به آموزش و پرورش سالم چنین کودکانی امیدوار بود. این همبستگی اخلاقی و حقوقی سبب می‌شود تا در روابط زن و مرد تنها تمایل جنسی حکمفرما نباشد؛ وظیفه جای هوس را بگیرد و زن و مرد عشق را با اخلاق بیامیزند؛ کودکان ایشان محیط مساعدی برای رشد جسمی و معنوی خود بیابند و از این یگانگی و شرکت کانون مقدسی برای تأمین سعادت افراد خانواده و در نتیجه پیشرفت اجتماع به وجود آید.

نوزادی که در خانواده به دنیا می‌آید و در آغوش پدر و مادر پرورش می‌یابد، دست کم در حمایت و سرپرستی کسانی است که به هوس‌های خود لجام زده و آمادهٔ پذیرفتن مسؤولیت شده‌اند؛ کسانی که با همهٔ وجود خود به او عشق می‌ورزند و به فضیلت و پاکی او بی‌اعتنا نیستند. ولی، کودکی که به‌طور مستقیم با پلیدی‌ها و ناپاکی‌های جامعه روبرو می‌شود و در مبارزهٔ زندگی یار و یاوری برای خود نمی‌بیند، از این موهبت بی‌بهره است. نیازی به استدلال و سخنوری نیست، همهٔ ما تفاوت کسانی را که در خانواده‌ای پرهیزکار تربیت شده‌اند با آنها که فقط نام پدر و مادر را بر سر داشته‌اند می‌بینیم.

ممکن است توهم شود که دولت می‌تواند جانشین خانواده شود و اجتماع به طور مستقیم سرپرستی اعضای خود را به عهده گیرد، ولی کجاست آن مأمور دلسوزی که بتواند جای مادر را پر کند و بمانند پدر در تأمین سعادت و آسایش کودک بکوشد؟

خانواده مرکز حفظ سنن ملی و اخلاقی و کانون رشد عواطفی است که سیاست زور در آن راه ندارد. طفلی که در این محیط پرورده می‌شود، جزئی از ملت و پیرو سنت‌ها و اخلاق اجتماعی است. ولی دولت، به جای پروردن انسانی آزاد، درصدد تربیت ماشین‌هایی است که عامل سیاست او باشند و به هیچ حقیقتی جز حفظ حاکمیت دولت نیندیشند. خانواده گروه کوچکی است که میان دولت و فرد واسطه

می‌شود و از تجاوز حکومتها به حقوق فردی می‌کاهد.

اگر دولتی به نیروی زور به حقوق مردمی تجاوز کند، همیشه این امید هست که فشار افکار عمومی از این تجاوز جلوگیری کند، ولی چه خواهد شد سرنوشت ملتی که فرزندانش در اردوگاههای دولتی تربیت شوند و افکار عمومی را در آن جامعه سیاست حکومت بسازد؟

دخالت دولت در خانواده می‌تواند به منظور حمایت از آن و به ویژه رفع اختلاف میان زن و شوهر و جلوگیری از تجاوز احتمالی به حقوق کودکان و تأمین رشد و تربیت آنان باشد. اگر از این مرز فراتر رود به اساس آن صدمه می‌زند. در این چهارچوب نیز دولت نقش مجری را بیش از قانونگذار واقعی دارد.

وابستگی خانواده به قواعد اخلاقی و مذهبی چندان است که می‌توان گفت: قوانین حاکم بر آن به وسیلهٔ اخلاق و مذهب انشاء می‌شود و دولت کار مهمی جز تعیین ضمانت اجرا برای آن قواعد ندارد.[۱]

بی گمان، فردگرایی افراطی و آزادی جنسی در پاره‌ای از جوامع صنعتی، از ضرورت و تقدس خانواده کاسته است، با وجود این، اندیشمندان نگرانی خود را از شیاع این شیوهٔ تفکر پنهان نمی‌دارند و بر گذشتهٔ خود افسوس می‌خورند.[۲]

۳. سهم خانواده در اقتدار ملی و بنیه اقتصادی:

خانواده در حفظ اقتدار ملی و پیشرفت اقتصاد نیز سهم مؤثر دارد. تاریخ نشان می‌دهد که همیشه دولت‌هایی قوی‌تر بوده‌اند که خانواده اساس محکم‌تری در آنها داشته است، و انحطاط هر قوم از زمانی آغاز شده که در مبانی خانواده‌های آن قوم سستی و پستی رسوخ کرده است. به گفتهٔ ژوسران استاد فرانسوی: «به طور معمول، نخستین نشانه‌های آفت و آسیب، پیش از آنکه در ساختمان نیرومند و وسیع‌تر دولت پدیدار شود، در خانواده بروز می‌کند».[۳]

با این که در لزوم جلوگیری نسبی از ایجاد نسل و بی‌فایده بودن جمعیت در برابر

---

۱. پلنیول و ریپر، ج ۲ به وسیلهٔ رواست، ش ۲ .

۲. در این زمینه، رک. مالوری و فولشیرون، خانواده، ش ۹۵ .

۳. حقوق مدنی فرانسه، ج ۱، ش ٦٧٦.

قدرت صنعت و علم کسی تردید ندارد، تأثیر مستقیم جمعیت در افزایش اقتدار ملی را نیز نباید انکار کرد و هنوز هم نیرومندترین ملت‌های عالم از میان پرجمعیت‌ترین آنهاست. تعدیل این دو مصلحت و علاقمند ساختن اشخاص به جامعه و سرنوشت همگنان در خانواده امکان‌پذیرتر است. چنان که بسیاری از استادان علوم اجتماعی فرانسه اعتراف می‌کنند که علت شکست آن دولت در جنگ جهانی دوم سستی مبانی خانواده و کاهش تعداد موالید بوده است.[۱]

در زمینه‌های اقتصادی نیز خانواده سهم مؤثری در استوار کردن بنیهٔ مالی کشور و رشد ثروت دارد. تاریخ نشان می‌دهد که نخستین گروه‌های اقتصادی را خانواده‌ها تشکیل داده‌اند. زمین‌های زراعتی و کارگاه‌های صنعتی با سرمایهٔ اعضای خانواده و با نیروی کار مشترک آنان اداره شده و شرکتهای تجارتی از اعضای یک خانواده به وجود آمده است. با تشکیل کارخانه‌های بزرگ و ازدیاد کارگران و بین المللی شدن تجارت، دیگر نمی‌توان ادعا کرد که هر خانواده از سرمایه و نیروی کار دیگران بی‌نیاز است، ولی هنوز هم سهمی که روابط خانوادگی در ایجاد شرکتهای تضامنی و مؤسسات صنعتی و فلاحتی کوچک دارد، انکارناپذیر است. به ویژه، در کشورهایی که از نظر اقتصادی رشد کافی ندارند و اعتماد اشخاص نسبت به هم بیشتر به دلیل خویشی و قرابت است، پیوندهای خانوادگی در گردآوری سرمایه‌ها نقش مؤثری دارد.

کسانی که به خانه و خانواده پای‌بند هستند، به خاطر سعادت و آسایش همسر و فرزندان خود بیشتر کار می‌کنند و سهمی از درآمدشان را به صندوقهای پس انداز می‌سپارند، و جمع همین سرمایه‌های کوچک منبع مهمی برای دادن اعتبار به بازرگانان و کشاورزان و تأمین گردش متناسب پول است.

٤. تقسیم مطالب :

از تعریف خانواده معلوم شد که دو عامل اساسی آن را تشکیل می‌دهد: ۱) نکاح ۲) رابطهٔ پدر و فرزندی یا نسب. بنابراین، خانواده را در دو مجلد مطالعه می‌کنیم:

مجلد نخست : نکاح و طلاق؛

مجلد دوم : اولاد ؛ همبستگی خانوادگی و حمایت از کودکان خانواده.

---

۱. هانری مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ٦٩.

ولی، پیش از گفتگو در این باب، رابطهٔ نزدیکی که بین دو مفهوم «قرابت» و «خانواده» وجود دارد ایجاب می‌کند که، به عنوان مقدمه، تعریف و اقسام قرابت مطالعه شود:

منشأ خانواده؛ قرابت

الف: اقسام قرابت

۵. تعریف:

قرابت یا خویشاوندی رابطه‌ای است که در اثر نکاح یا نسب یا رضاع بین دو نفر وجود دارد. قرابتی را که از نسب حاصل شده است «قرابت نسبی» و خویشاوندی ناشی از نکاح را «قرابت سببی» و خویشی حاصل از شیرخوارگی را «قرابت رضاعی» می‌نامند.

۱. قرابت نسبی

۶. مفهوم قرابت نسبی:

قرابت نسبی رابطه‌ای است بین دو کس، به این اعتبار که از نسل یکدیگر یا هر دو از نسل یک شخص هستند. خویشاوندانی را که از نسل یکدیگرند خویشان در «خط مستقیم» گویند: مانند خویشی پدر و مادر با فرزندان خود. در خط مستقیم نیز قرابت شخص را با اجداد و جدات خود «قرابت در خط مستقیم صعودی» و خویشی با فرزندان و نواده‌ها را «قرابت در خط مستقیم نزولی» می‌گویند.

قرابتی که به اعتبار داشتن نسب مشترک به وجود آمده است «قرابت در خط اطراف» گفته می‌شود و شخصی که این گونه خویشان از نسل او هستند در اصطلاح «جامع نسب» نام دارد: بنابراین، خویشی دو برادر یا خواهر و برادر «قرابت در خط اطراف» و جامع نسب بین آن دو پدر و مادرشان هستند و خویشاوندی دو پسر عمو نیز به همین ترتیب در خط اطراف است و جامع نسب آن‌ها پدربزرگ.

۷. درجهٔ قرابت:

برای تعیین درجهٔ قرابت باید اقربای در خط مستقیم و اطراف را جداگانه مورد مطالعه قرار داد:

۱. در خط مستقیم: درجهٔ قرابت به تعداد نسل‌های واسطه معین می‌شود؛ چنان که

قرابت شخص با فرزند خود درجهٔ اول و با نوادهٔ خود درجهٔ دوم است.

۲. در خط اطراف: برای تعیین درجهٔ قرابت بین دو شخص باید یکی از آنها را مبدأ قرار داد و از او به جامع نسب صعود کرد. سپس از جامع نسب به شخص دیگر پایین آمد. تعداد نسل‌های این میان درجهٔ قرابت بین آن دو تن است. به عنوان مثال، برای تعیین درجه قرابت دو برادر، باید یکی از برادران را مبدأ قرار داد و از او به جامع نسب صعود کرد (واسطه در این مثال یک نسل است)، پس باید گفت خویشی دو برادر از درجهٔ دوم است. به همین ترتیب، خویشی عمو و برادرزاده درجهٔ سوم و دو پسر عمو درجهٔ چهارم است.

۸ . طبقات قرابت و حکم قانون مدنی:

در قانون مدنی ایران، این ترتیب به طور کامل پذیرفته نشده است. قانونگذار ما ابتدا خویشاوندان را به سه طبقه تقسیم کرده و در داخل هر یک از این طبقات درجهٔ قرابت را به طور نسبی مورد توجه قرار داده است. این طبقات عبارتند از :

طبقهٔ اول : پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد؛

طبقه دوم : اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها؛

طبقه سوم : اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها.

پس، برای تعیین چگونگی قرابت دو برادر، باید گفت از اقربای درجهٔ یک از طبقهٔ دوم هستند یا برادرزاده از اقربای درجهٔ دوم از طبقهٔ دوم و نوهٔ شخص از اقربای درجهٔ دوم از طبقهٔ اول است: برای مثال، وقتی گفته می‌شود، اگر در دعاوی مدنی دادرس با یکی از اصحاب دعوا قرابت نسبی تا درجهٔ سوم از هر طبقه داشته باشد حق رسیدگی به دعوا را ندارد (بند الف از مادهٔ ۹۱ ق.آ.د.م.)، قرابت باید، به گونه‌ای که گفته شد، به وسیلهٔ اشاره به طبقه و درجهٔ آن معین شود.

۹. انتقاد از روش قانون مدنی :

با آوردن طبقات قرابت و تعیین درجهٔ قرابت در هر یک از آنها، قانون مدنی روش حقوق اروپا را با آنچه فقها در باب ارث و موانع نکاح گفته‌اند جمع کرده است. این

ابداع را پاره‌ای از نویسندگان به تندی نکوهش کرده‌اند.[۱] هر چند که همهٔ آن ایرادها را نباید پذیرفت، نقص این روش را نیز نباید انکار کرد.

اشکال مهم در این است که خویشی رابطه‌ای است اجتماعی؛ پیوندی است که بین دو شخص به وجود می‌آید و آنان را در برابر یکدیگر صاحب حق و تکلیف می‌کند. نسبتی که مورد توجه قانون واقع می‌شود متقابل است و دو طرف آن وضعی مشابه دارند.

برای مثال، اگر علی برادر حسن باشد، حسن نیز برادر علی است یا اگر علی از خویشان درجهٔ دوم حسن به شمار آید، خویشی حسن نیز با علی از همان درجه است. در واقع خویشاوندی و پیوند این دو مورد گفتگوست، بدون اینکه از هیچ جهت امتیازی وجود داشته باشد؛ چنان که، هرگاه درجهٔ قرابت به صورتی که در حقوق اروپا مرسوم است تعیین شود، این نظم منطقی نیز در همه جا رعایت خواهد شد (ش ٦).

ولی، در فقه نظریهٔ عامی برای تعیین خویشاوندی وجود ندارد. در مورد ارث و موانع نکاح، اشخاصی که از متوفی ارث می‌برند یا کسانی که حق ندارند همسر شخص شوند جداگانه معین شده است.[۲]

در این روش، با این که خویشاوندی رابطهٔ متقابلی است، فردی خاص مبنای رابطهٔ مورد نظر قرار می‌گیرد و قرابت سایرین با او تعیین می‌شود. به عنوان مثال، در مسالهٔ ارث، متوفی مرکز این دایره است و خویشانی که از او ارث می‌برند، در سه طبقه قرار می‌گیرند. این روش هم در نظام ویژهٔ خود درست است، زیرا همهٔ نسبت‌ها به طور یک‌جانبی و به منظور تعیین وارثان انجام می‌گیرد؛ اگر عمو بمیرد برادرزاده در زمرهٔ خویشان طبقهٔ دوم اوست و، برعکس، هرگاه برادرزاده مرده باشد عمو از اقربای طبقهٔ سوم به حساب می‌آید.

حال، اگر بخواهند از طبقه‌های ارث برای فراهم کردن نظریهٔ کلی قرابت استفاده کنند و درجه‌های قرابت را در داخل این طبقه‌ها معین سازند، این اشکال به وجود

---

۱. دکتر سید علی شایگان، حقوق مدنی، ش ۵۷۳ به بعد.

۲. شهید ثانی در محرمات نکاح، پس از شمردن نه گروه زنانی که با مرد نمی‌توانند نکاح کنند، چنین نتیجه می‌گیرد که «و ضابط المحرمات الجامع لها انه یحرم علی الانسان کل قریب عدا اولاد العمومة و الخؤلة» (شرح لمعه، ج ۵، ص ۱۵۵، چاپ سربی، نجف) و در میراث، طبقات سه گانه را، مانند قانون مدنی، برای تعیین وراث شخص می‌شمارد (ج ۲، ازچاپ سنگی عبدالرحیم، ص ٢٤٥).

می‌آید که نسبت دو تن، برحسب این که از کدام طرف شروع شده است، تغییر کند.

برای مثال، در رابطهٔ بین عمو و برادرزاده، خویشی بین عمو با برادرزاده همان نیست که برادرزاده با عمو دارد. منتها، باید دانست که این اشکال تنها از لحاظ نظری و در قرابت به معنای عام خود موجود است، و گرنه در عمل هیچ عیب مهمی ندارد.

در واقع، قانون مدنی همیشه فردی را که حکم به او توجه دارد مبنا قرار می‌دهد و درجهٔ خویشی را با او می‌سنجد، و پیوند خویشاوندی را به طور کلی معین نمی‌کند.

۲. قرابت سببی

۱۰. منشأ این قرابت:

قرابت سببی در اثر نکاح به وجود می‌آید: یعنی، پس از عقد، خویشان مرد به همان درجهٔ قرابت نسبی که با او دارند، با زوجه نیز خویشی سببی پیدا می‌کنند و خویشان زن نیز از اقربای مرد محسوب می‌شوند. ولی، خویشان زن با اقوام مرد قرابتی پیدا نمی‌کنند.

مادهٔ ۱۰۳۳ ق.م. در این باب می‌گوید: **«هر کس در هر خط و به هر درجه که با یک نفر قرابت نسبی داشته باشد، در همان خط و به همان درجه قرابت سببی با زوج او خواهد داشت. بنابراین پدر و مادر زن یک مرد اقربای سببی درجهٔ اول آن مرد، و برادر و خواهر شوهر یک زن از اقربای سببی درجهٔ دوم او خواهند بود».**

۱۱. نقص حکم قانون :

در این ماده، به طبقهٔ قرابت سببی و چگونگی تطبیق آن با خویشی سببی اشاره نشده است، در حالی که تصریح به آن برای اجرای درست پاره‌ای از قوانین ضرورت دارد. برای مثال، به موجب بند الف از مادهٔ ۹۱ ق.آ.د.م. دادرس باید از رسیدگی امتناع کند، وقتی که: **«قرابت نسبی یا سببی تا درجهٔ سوم از هر طبقه بین دادرس با یکی از اصحاب دعوا وجود داشته باشد».** درجهٔ خویشان نسبی دادرس و طبقهٔ قرابت آنها معین است، ولی باید دید چه کسانی با او قرابت سببی تا درجهٔ سوم دارند؟

بدیهی است که تعیین درجهٔ قرابت در چنین مواردی در هر طبقه جداگانه انجام می‌شود و به صورتی نیست که مادهٔ ۱۰۳۳ مقرر داشته است. به عنوان نمونه، برخلاف

آنچه در مادهٔ ۱۰۳۳ گفته شده، خویشی برادر شوهر با زن، درجهٔ دوم نیست؛ درجهٔ اول از طبقهٔ دوم است، چنان که در قرابت نسبی نیز آمد.

۳. قرابت رضاعی

۱۲. تعریف این قرابت:

هرگاه زنی غیر از مادر طفل او را با شرایط معین شیر دهد، بین او و طفل قرابتی به وجود می‌آید که، تنها از نظر ایجاد حرمت در نکاح، در حکم قرابت نسبی است. بنابراین، سایر احکام خویشاوندی، مانند توارث و الزام به دادن نفقه در قرابت رضاعی جاری نیست و تنها اثری که دارد این است که ازدواج بین طفل و زن (مادر رضاعی) و کسان او (اقربای رضاعی) و همچنین بین زن و خویشان طفل را ممنوع می‌سازد. در واقع، قرابت رضاعی یک «فرض حقوقی» است که بر پایهٔ احترام به سنت‌های اجتماعی تأسیس شده است.

برای روشن شدن اثر قرابت رضاعی باید به چند نکته توجه داشت:

۱. محدودیتی که از حیث نکاح ایجاد می‌شود، در حدود ممنوعیت‌های ناشی از قرابت نسبی است، یعنی تمام کسانی که به سبب خویشی نسبی بر شخص حرام هستند در اثر قرابت رضاعی نیز حرام خواهند شد. به همین جهت، برای تشخیص محارم رضاعی، باید طبقات محارم نسبی را به عنوان نمونه و راهنما در نظر داشت (م ۱۰٤٦ ق.م.).

۲. همان محدودیت‌هایی که بین خویشان نسبی زن و شوهر و اقوام نسبی شوهر با زن وجود دارد بین اقربای رضاعی یکی از آن دو با دیگری ایجاد می‌شود. برای مثال، همان‌گونه که مرد نمی‌تواند با مادر زن خود نکاح کند با مادر رضاعی او نیز حق ازدواج ندارد (م ۱۰٤۷ ق.م.).

۳. قرابت رضاعی بین طفل و زن شیرده و اقوام نسبی و رضاعی او و بین زن با خویشان طفل به وجود می‌آید، ولی خویشان زن با اقوام طفل هیچ قرابتی ندارند. پس، دختر زن (خواهر رضاعی) می‌تواند با برادر طفل ازدواج کند.

۱۳. شرایط ایجاد قرابت:

شرایط به وجود آمدن قرابت رضاعی در مادهٔ ١٠٤٦ ق.م. معین شده است. به موجب این ماده «قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است، مشروط بر این که :

اولاً - شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد.[1]

ثانیاً - شیر زن مستقیماً از پستان مکیده شده باشد.[2]

ثالثاً - طفل لااقل یک شبانه روز یا پانزده دفعهٔ متوالی شیر کامل خورده باشد بدون این که در آن بین غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد[3]؛

رابعاً - شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد [4]؛

خامساً - مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد.

بنابراین، اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد موجب حرمت نمی‌شود، اگر چه شوهر آن دو زن یکی باشد، هم چنین اگر یک زن یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد و هر یک را از شیر متعلق به شوهر دیگر داده باشد آن پسر با آن دختر برادر و خواهر رضاعی نیستند و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمی‌باشد».

---

۱. در این که آیا مقصود از حمل مشروع اعم از طفل ناشی از نکاح و نزدیکی به شبهه است یا اختصاص به نکاح صحیح دارد، ممکن است تردید شود ولی، از ظاهر قانون چنین بر می‌آید که در این باره از نظر مشهور در فقه پیروی شده است وحکم شامل شیر فرزند ناشی از نزدیکی به شبهه نیز می‌شود: محقق در شرایع نسبت به نکاح شبهه می‌نویسد: «الشبهه تنزیله علی النکاح» - جواهر الکلام، ج۲۹، ص ٢٦٦ - علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح.

۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح.

۳. از ابوحنیفه و مالک و جمع دیگر از فقهای عامه نقل شده است که شیر خوردن به مقدار اندک را سبب نشر حرمت می‌دانند. ولی، در فقه امامیه نسبت به لزوم استمرار شیر خوردن اتفاق وجود دارد: جواهر، همان جلد، ص ٢٦٩ - محقق قمی، جامع الشتات، ص ٤٢٥.

٤. «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتم الرضاعه» (قرآن کریم، سورهٔ بقره، آیه ۲۳۳) - از ابوحنیفه نقل شده است که شیر خوردن تا۳۰ ماه را نیز موجب حرمت می‌داند و به آیهٔ «حمله و فصاله ثلاثون شهرا» استناد می‌کند: محمد ابوزهره، محاضرات فی عقدالزواج و آثاره، ص ۱۲۳ - دربارهٔ نظرها و مستندهای آن در فقه امامیه :رک. علامهٔ حلی، مختلف الشیعه، ص ۵۸۹.

ب: آثار قرابت

۱۴. تفاوت آثار در قرابت‌ها:

بیشتر احکام قانونگذار دربارهٔ خانواده بر مبنای «قرابت» وضع شده و در سایر روابط اجتماعی نیز آثار این پیوند کم نیست. تحلیل این آثار بـه همـهٔ مباحـث حقـوق مـدنی مربوط می‌شود و هر کدام در محل خاص خود مطرح خواهد شد. بنابراین در این کتاب تنها به فهرست آنها اشاره می‌کنیم و، برای آسـان کـردن مطلـب، آثـار هریـک از اقسـام خویشاوندی را جداگانه یادآور می‌شویم:

۱. **قرابت نسبی** : خویشان نسبی از هم ارث می‌برند و ترتیب این توارث با طبقـات قرابت و درجه‌های هر طبقه روشن می‌شود: بازماندگان طبقـهٔ اول متـوفی بـر دو طبقـهٔ دیگر رجحان دارنـد و خویـشان طبقـهٔ دوم نیـز مـانع از ارث بـردن اقـوام طبقـهٔ سـوم می‌شوند. در داخل هر طبقه نیز، درجه‌های نزدیک‌تر ارث می‌برند و خویشان درجهٔ دوم و سوم هنگامی وارث به حساب مـی‌آینـد کـه بازمانـده‌ای در درجـهٔ اول نباشـد. پـس، می‌توان به عنوان قاعدهٔ کلی گفت: خویشان نزدیک‌تر مـانع از ارث بـردن اقـوام دورتـر هستند (الاقرب یمنع الابعد).

گذشته از میراث، خویشان نسبی در خط مستقیم مکلف به انفاق یکدیگرنـد. پـدر و مادر باید از فرزند خود نگهداری کنند و پدر و جد پدری (اولیاء قهری) نمایندهٔ قـانونی طفل در ادارهٔ اموال و دارایی او هستند. فرزندان نیز وظیفه دارند که رعایت احترام پـدر و مادر را بکنند. اقامتگاه آنان اقامتگاه پدر است و تابعیت و نام خـانوادگی پـدر نیـز بـر آنها تحمیل می‌شود.

پاره‌ای از خویشان نسبی نمی‌توانند با هم نکاح کنند، چنان کـه زناشـویی بـا پـدر و مادر و خواهر یا برادر و عمه‌ها و عموها و خاله‌ها و دایی‌ها مجاز نیست. گـاه اجـرای بعضی از اختیارهای عمـومی نیـز در مـورد خویـشان امکـان نـدارد؛ چنـان کـه قاضـی نمی‌تواند دربارهٔ خویشان نزدیک خود داوری کند یا سردفتر حق ندارد اسناد مربوط بـه ایشان را ثبت کند.

۲. **قرابت سببی**: در میان خویشان سببی توارث وجود ندارد و تنهـا زن و شـوهر از هم ارث می‌برند. تکلیف به انفاق نیز مخصوص شوهر است و در مـورد سـایرین اجـرا نمی‌شود. در برابر این تکلیف، شوهر ریاست خانواده را به عهده دارد و در نتیجهٔ همین

وضع اقامتگاه و گاه نام خانوادگی و تابعیت او نیز بر زن تحمیل می‌شود.

خویشی سببی نیز ممکن است مانع نکاح شود، چنان که شخص نمی‌تواند با مادر زن خود ازدواج کند یا زن سابق پدر خود را بگیرد و در اجرای وظایف عمومی نیز قانونگذار خویشان سببی را به دیدهٔ اقوام نسبی می‌نگرد.

۳. **قرابت رضاعی:** هیچ اثری جز در مورد نکاح ندارد؛ زناشویی با خویشان رضاعی در همان حدود اقوام نسبی ممنوع است (یحرم بالرضاع ما یحرم بالنسب).

بخش نخست

نکاح

شرایط، موانع، آثار

کلیات

۱۵. تعریف و اوصاف نکاح:[1]

نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی، به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی، با هم متحد می‌شوند. نکاح از عقودی است که جنبهٔ مالی و غیرمالی هر دو را داراست. زیرا، از طرفی، در اثر عقد نکاح مرد موظف می‌شود که نفقهٔ زن و سایر اعضای خانواده را بپردازد و مالی را به عنوان مهریه به زن بدهد، و از سوی دیگر، زن و مرد مکلف می‌شوند که برای تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزندان با هم همکاری کنند.[2]

نکاح، چون عقد است، باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد، یعنی زن و مرد باید قاصد و بالغ و عاقل و رشید باشند و جهت عقد نیز مشروع باشد. ولی، آنچه عقد نکاح را از بیشتر قراردادها ممتاز می‌کند این است که در این پیمان زن و شوهر نمی‌توانند آزادانه آثار آن را معین کنند. نتایج عقد نکاح به طور امری از طرف قانونگذار معین می‌شود و مجموع مقررات آن «موقعیت قانونی» خاصی را به وجود می‌آورد که زن و مرد فقط می‌توانند به تراضی خود را در آن موقعیت قرار دهند و حق ندارند نظمی را که قانونگذار برای ادارهٔ درست خانواده لازم دیده است بر هم زنند. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی نکاح را «نهاد حقوقی» نامیده‌اند تا از عقد که

---

۱. واژهٔ «نکاح» به معنی نزدیکی هم به کار می‌رود و حتی بسیاری از علمای لغت و فقه استعمال آن را به معنی عقد تزویج مجازی دانسته‌اند (احمد نراقی، مستندالشیعه، ج ۲، ص ۴۴۶ - طریحی، مجمع البحرین، ج۲، ص ۲۰ - عبدالرحمن جزایری، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، احوال شخصیه، ص ۱) ولی، در نوشته‌های حقوقدانان فارسی زبان کنونی، نکاح به معنی ازدواج (زواج) است و به ندرت برای نزدیکی جنسی زن و مرد به کار می‌رود.

۲. مفاد آیهٔ مبارکه (۲۱) از سورهٔ الروم: «و من آیاته انه خلق لکم من انفسکم ازواجاً لتسکنوا الیها و جعل بینکم مودة و رحمه»، همهٔ هدف‌های اجتماعی نکاح را بیان می‌کند و نشان می‌دهد که مقصود نهایی آن تنها اباحهٔ استمتاع زن و مرد از یکدیگر نیست.

منشأ حکومت اراده است متمایز شود ولی، در حقوق ما واژهٔ عقد اگر همراه با قیدی نشود، منصرف به عقد نکاح است[۱].

نکاح از عقود رضایی است؛ همین که زن و مردی قصد تشکیل خانواده و زندگی مشترک را داشتند و ارادهٔ خود را به طور صریح بیان کردند، از توافق آنها نکاح به وجود می‌آید. منتها، اثبات عقد، اگر با تشریفاتی همراه نباشد، دشوار است و به همین دلیل، اشخاص دوراندیش برای حفظ حقوق خود سعی می‌کنند تا نکاح را نزد مأمور رسمی واقع سازند. به اضافه، قانونگذار نیز زن و شوهر را مکلف به ثبت نکاح کرده است و کسانی را که بدون رعایت تشریفات قانون پیمان زناشویی می‌بندند مجرم می‌شناسد.

به موجب مادهٔ ۱ اصلاح مواد ۱ و ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۶ : «در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام می‌نماید، هر ازدواج و طلاق و رجوع باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌شود واقع و به ثبت برسد. در نقاط مزبور هر مردی که در غیر از دفاتر رسمی ازدواج و طلاق مبادرت به ازدواج و طلاق و رجوع نماید به یک تا شش ماه حبس تأدیبی محکوم و همین مجازات دربارهٔ عاقدی مقرر است که در این نقاط بدون داشتن دفاتر رسمی به اجرای صیغهٔ ازدواج یا طلاق یا ثبت رجوع نماید».[۲] ولی، ضمانت اجرای تخلف از ثبت نکاح تنها کیفری است و انجام ندادن این تشریفات به درستی عقد خلل نمی‌رساند.[۳]

---

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۱۱۲ به بعد - مالوری وفولشیرون، خانواده، ش ۱۱۱ . با زیاد شدن قواعد امری در قراردادها این امتیاز اهمیت گذشتهٔ خود را از دست داده است. امروز در روابط مالک و مستأجر و مالک و زارع و کارگر و کارفرما و بیمه‌گر و بیمه‌گذار قانون حقوق و تکالیف طرفین را معین می‌کند و حاکمیت اراده، جز در مورد الحاق به این موقعیت‌های قانونی، نقشی ندارد. امتیاز کنونی نکاح در دائمی بودن آن و بی‌اثری اقاله در انحلال آن است.

۲. شورای نگهبان قانون اساسی، به استناد اصل چهارم قانون اساسی، این ماده را خلاف شرع اعلام کرده است (نظریه ش ۱۴۸۸ – ۶۳/۵/۹) ولی، صلاحیت این شورا دربارهٔ قوانین سابق به شدت مورد تردید است.

۳. پاره‌ای از نویسندگان، با اینکه تخلف از ثبت نکاح را موجب بطلان آن ندانسته‌اند، نکاح را به تقلید از نویسندگان فرانسوی در زمرهٔ عقود تشریفاتی آورده‌اند (سیدعلی شایگان، حقوق مدنی، ش ۵۹۲ و ۷۴۵ به بعد)، ولی این دو فتوا باهم تعارض دارد. در عقود تشریفاتی، گذشته از تراضی طرفین، برای ایجاد عقد تشریفات دیگری هم ضرورت دارد و تخلف از آنها موجب بطلان عقد است، پس چگونه ممکن است ثبت نکاح از شرایط درستی عقد نباشد و با این وصف نیز عقد نکاح در زمرهٔ عقود تشریفاتی به حساب آید؟

۱۶. اهمیت اجتماعی و اخلاقی نکاح

نکاح بنیان طبیعی و مشروع خانواده است. زن و مردی که خود را آمادهٔ پذیرفتن مسؤولیت می‌بینند، کسانی که خود را شایستهٔ پدر و مادر شدن می‌دانند و آنان که عشق خود را به هم جاودانه می‌پندارند، به امضای این پیمان تن در می‌دهند. نکاح نخستین گام در راه لجام زدن به خودخواهی‌ها و پذیرفتن بار مسؤولیت‌های اجتماعی است. بیهوده نیست که پیامبران و علمای اخلاق در لزوم آن پافشاری کرده‌اند، چون نیک می‌دانسته‌اند که این پیمان آغاز اجتماعی شدن انسان و نشانهٔ احترام به نظام‌های اخلاقی است.[1]

پاره‌ای از مردم می‌پندارند که اتحاد طبیعی زن و مرد می‌تواند جایگزین نکاح شود. مبنای پندار این است که، اگر دو تن خود را در کنار هم خوشبخت ببینند و کانونی برای تربیت فرزندانشان فراهم آورند، دیگر نیازی به زواج نیست. ولی این پندار نادرست را نباید پذیرفت. بنیاد چنین خانواده‌ای بر هوس استوار است: زن و مردی که با هم به سر می‌برند تکلیفی در نگاهداری آن احساس نمی‌کنند. همه چیز وابسته به میل و خواهش آنان است. همین که احساس کسالت کردند یا آغوش گرم‌تری یافتند، وضع موجود را به هم می‌زنند و به دیگری پناه می‌برند. آن گاه، معلوم نیست سرنوشت کودکانی که از این پیمان ناقص به وجود آمده‌اند چه خواهد شد وآیا کانونی که بر مبنای هوس بنا شود می‌تواند برای اجتماع سلول سالم و زنده‌ای باشد؟

در ازدواج، گذشته از عشق و هوس، احساس تکلیف نیز هست. قانون زن و شوهر را در به هم زدن خانواده آزاد نمی‌گذارد و، از آن مهم‌تر، اخلاق عمومی رها کردن زن وفرزند را گناه و زشت می‌بیند و هیچ کس حاضر نیست به اندک دلیلی نگاه شماتت‌بار و تمسخرآمیز دیگران را برای خود بخرد.

نکاح، بیش از آنکه سازمان حقوقی باشد، پیوند اخلاقی و مذهبی است. پیمانی است مقدس که تجاوز از آن چندان ساده نیست و به همین خاطر است که در شهرهای

---

۱. پیامبر اسلام، هر که را از این سنت سرپیچی کند از خود نمی‌داند (من رغب عن سنتی فلیس منی و ان من سنتی النکاح) و کسی را که نکاح کرده بشارت می‌دهد که نیمی از حقیقت دین را یافته است (من تزوج احرز نصف دینه فلیتق الله فی النصف الاخر : الوسائل، کتاب نکاح، حدیث ۱۱-۱۳) و خداوند به او وعده می‌دهد که از فضل خود بی‌نیازش می‌کند (سورهٔ نور، آیه ۳۲)، همچنین، دربارهٔ کسانی که بدون تشکیل خانواده می‌میرند، می‌فرماید: «شرار موتاکم العزّاب»: علامهٔ حلی، تحریر، ج ۲، ص ۲.

کوچک و مذهبی آمار طلاق پایین‌تر از شهرهای بزرگ و صنعتی است.[۱]

به هر حال، در بیشتر کشورها اتحاد آزاد زن و مرد مشروع نیست و قانون اثری بر آن بار نمی‌کند. در حقوق ما نیز این اتحاد را قانون نمی‌شناسد و فرزندان چنین زن و مردی را نامشروع می‌داند. برهم زدن این پیمان با هیچ مانعی روبه رو نیست و از این بابت خسارتی نیز نمی‌توان خواست.

۱۷. تقسیم مطالب:

بخش مربوط به نکاح را در سه فصل بررسی می‌کنیم:

فصل اول: نامزدی، که در آن آثار حقوقی «وعدهٔ ازدواج» و نتایج بر هم زدن آن موضوع گفتگو است.

فصل دوم: انعقاد نکاح که در آن از دو مبحث اصلی سخن گفته می‌شود:

۱. شرایط اساسی صحت نکاح: برای درستی نکاح از نظر جسمی و معنوی و اجتماعی شرایطی لازم است که به شیوهٔ «شرایط اساسی صحت معاملات» مطرح می‌شود.

۲. موانع نکاح: یعنی اموری که وجود آنها مانع از انعقاد و نفوذ زواج می‌شود و همان است که پاره‌ای از نویسندگان «شرایط منفی نکاح» گفته‌اند.

فصل سوم: آثار نکاح، اعم از روابط مالی زن و شوهر، مانند نفقه و مهر، و روابط غیر مالی و اخلاقی آنان.

---

۱. برای ملاحظهٔ اهمیت اجتماعی و اخلاقی نکاح، رجوع شود به: مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۷۰۶ به بعد – ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۱۱۸، به بعد - هانری دوباژ، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۵۶۴.

قرائت و تمرین (۱)

تعریف و ماهیت حقوقی نکاح

واژهٔ «نکاح» در زبان حقوقی به دو معنی به کار می‌رود:

۱. عقدی که بنیان خانواده است و باعث ایجاد رابطهٔ زوجیت بین زن و شوهر می‌شود؛

۲. رابطه‌ای که در اثر این عقد بین زن و مرد به وجود می‌آید.

قانون مدنی نکاح را تعریف نکرده و فقها نیز خود را با این مسأله آشنا نساخته‌اند. شاید دلیل این سکوت روشنی مفهوم نکاح باشد. همه می‌دانند که معنی انتخاب همسر چیست و، اگر خود نیز بار این مسؤولیت را به دوش ندارند، گرفتاری‌ها و خوشوقتی‌های آشنایان را دیده یا شنیده‌اند. زن و شوهری مفهومی تازه نیست. تا آنجا که تاریخ به یاد دارد انسانیت همیشه این پیوند را می‌شناخته است و همهٔ قوانین دربارهٔ آن گفتگو کرده‌اند.

با این همه، تعیین هدف اصلی زناشویی و ماهیت و تعریف آن بسیار دشوار است و علت این دشواری را در دو نکته می‌توان خلاصه کرد:

۱. مقصود از زناشویی امور گوناگونی است که نمی‌توان به طور قطع یکی از آنها را به عنوان هدف اصلی برگزید. رابطهٔ جنسی زن و مرد بدون شک از مهم‌ترین آنها است، ولی همکاری در زندگی اجتماعی و تربیت فرزندان را نیز نباید در این اتحاد فراموش کرد. به همین جهت تعریف‌هایی که تنها بر مبنای تمتع جنسی یا همکاری در زندگی از نکاح شده قابل انتقاد است:

– پاره‌ای از استادان که اتحاد جنسی را هدف اصلی نکاح دانسته‌اند و در تعریف آن می‌گویند: «نکاح عبارت از رابطهٔ حقوقی است که به وسیلهٔ عقد بین زن و مرد حاصل

می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند».[1]

تعریف یاد شده، از این لحاظ که امکان رابطهٔ جنسی بین زن و شوهر را از آثار اساسی نکاح می‌شمرد، درست است. زیرا، پیوندی را که در آن زن و مرد حق تمتع جنسی از یکدیگر نداشته باشند نباید نکاح نامید. اتحاد جنسی زن و شوهر مقتضای ذات نکاح است و شرط برخلاف آن نه تنها نامشروع و فاسد است، عقد را نیز باطل می‌کند (بند ۱ مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی).

ایراد شده است که، اگر حق همخوابگی جزو مقتضای نکاح باشد، باید زناشویی پیران و کسانی که توانایی جنسی ندارند ممکن نباشد، درحالی که قانون هیچ منعی در این باب ندارد. ولی، باید بین امکان همخوابگی و حق راجع به آن تفاوت گذارد. مباح بودن رابطهٔ زناشویی جزو مقتضای نکاح است و شرطی که این حق را از همسر بگیرد عقد را نیز فاسد می‌کند، ولی امکان عملی همخوابگی و وقوع آن از عناصر زواج نیست و به همین جهت نکاح پیران و بیماران مجاز است.

اما آنچه قابل گفتگو به نظر می‌رسد این است که، برای بهره‌مند شدن زن و مرد از یکدیگر نیازی به نکاح نیست و بدون این پیمان نیز تمتع جنسی ممکن است. باید در جستجوی علتی بود که لزوم نکاح را در روابط بین زن و مرد اثبات کند. پیش از تأسیس نکاح نیز این رابطهٔ غریزی و آزاد وجود داشته است و با تمام مبارزه هایی که پیامبران و رهبران اخلاق برای جلوگیری از آن کرده‌اند، هنوز هم وجود دارد.

پس، نمی‌توان هدف اصلی از نکاح را ایجاد رابطهٔ جنسی دانست. به ویژه، هرگاه ازدواج به پیمانی تعبیر شود که برای تمتع جنسی بسته می‌شود، نکاحی که بین دو همسر مالخورده و به منظور همدمی و شرکت در زندگی انجام شده است در این تعریف وارد نخواهد شد.

– پاره‌ای دیگر از نویسندگان، با الهام گرفتن از تعریف پرتالیس حقوقدان مشهور فرانسوی، هدف اصلی نکاح را همکاری زن و شوهر دانسته‌اند. از مؤلفان ما، مرحوم دکتر شایگان در تعریف نکاح می‌نویسد: «عقدی است که به وسیله آن مرد و زن به قصد شرکت در زندگانی و

---

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۴ ، ص۲۶۸ و ۲۶۹ و برای ملاحظهٔ تعریف‌های مشابه در حقوق فرانسه، رجوع شود به: ابری و رو، چاپ هفتم، ج۷ به وسیله اسمن، ش ۲، (در این تعریف، نیاز جنسی محرک اصلی طرفین در تشکیل شرکت زن و مرد دانسته شده است. ولی نویسندگان در همین کتاب نیز دوام زناشویی را از نظر تاریخی مربوط به لزوم تربیت و پرورش کودکان خانواده می‌دانند) و در حقوق عامه، به ویژه مصریان، رجوع شود به : محمد ابوزهره، محاضرات فی‌عقد الزواج و آثاره، ش۴۵، ص ۴۳ در این کتاب، تعریف نکاح به عبارت: «عقد یفید حل استمتاع کل من العاقد بالاخر علی الوجه المشروع» به بعض از فقها نسبت داده شده ولی مؤلف از آن انتقاد کرده است .همچنین، رک: بلغة السالک، ج ۱، ص ۳۷۴.

کمک با یکدیگر قانوناً با هم متحد می‌شوند» (حقوق مدنی، ج ۱، ش ۵۸۹ و ۵۹۱)[1].

این تعریف هم ناقص است. زیرا، اگر مقصود از نکاح شرکت در زندگی و یاری کردن به هم باشد، چه ضرورت دارد که این پیمان بین زن و مرد بسته شود؟ دو مرد یا دو زن نیز می‌توانند برای به دوش کشیدن بار زندگی و یاری با هم متحد شوند و در غم و شادی شریک باشند. درست است که از خودگذشتگی و تعاون از هدفهای مهم پیمان زناشویی است، ولی نمی‌توان ادعا کرد که مشروع شناختن رابطهٔ جنسی زن و شوهر در برابر آن به حساب نمی‌آید.

برای پی بردن به حقیقت نکاح و هدف اصلی آن، باید دید چرا اجتماع خود را نیازمند به این نهاد حقوقی دیده است و چه عاملی سبب شده که رابطهٔ جنسی و طبیعی زن و مرد به وسیلهٔ قوانین منظم و اداره می‌شود؟

به نظر می‌رسد که هدف اصلی از نکاح پای‌بند ساختن زن و مرد به خانواده و مکلف ساختن آنها به نگاهداری و تربیت فرزندان بوده است.[2] فایدهٔ مهم ادامهٔ زناشویی ایجاد کانون مطمئنی برای رشد جسمی و معنوی کودکان زن و مرد است. زیرا، مادر به تنهایی قادر نیست که این بار گران را به منزل برساند و ناچار باید پدر همگام با او مسؤول شناخته شود.

امکان ازدواج کسانی که توانایی بچه‌دار شدن را ندارند نباید موجب تردید در این هدف اساسی شود. زیرا، چنان که پاره‌ای از استادان فرانسوی گفته‌اند، این گونه پیوندها جنبهٔ استثنایی دارد و بسیار اتفاق می‌افتد که تأسیسی به منظور رسیدن به هدف خاص انجام می‌شود، ولی در عمل فواید فرعی دیگری نیز از آن به دست می‌آید (ریپر و بولانژه ج ۱، ش ۱۱۱۲). به همین جهت، در متن درس هدف اصلی نکاح تشکیل خانواده (یعنی ایجاد مسؤولیت مشترک و فراهم کردن محیط ساعد برای پرورش کودکان) گفته شد[3].

---

۱. در حقوق انگلیس نیز، تعریف مشهور لرد پنزنس Lord Penzance که نکاح را «اتحاد ارادی و انحصاری بین زن و مرد برای مدت عمر» دانسته است، با این گروه از تعاریف شباهت دارد (نقل از: بروملی، حقوق خانواده Family Law، چاپ پنجم، ص ۱۵)

۲. امام محمد غزالی در کیمیای سعادت (ج ۱، ص ۲۴۰) و در فواید نکاح می‌نویسد: «فایدهٔ اول در فرزند است و به سبب فرزند چهارگونه ثواب است» ... و در فایدهٔ دوم می‌نویسد: «لیکن باید که نکاح بر نیت فرزند باشد نه برای شهوت» (ص ۲۴۲).

۳. رئیس دیوان عالی آمریکا، گیبسن(Gibson) ، در دعوای (Matchin) و خانمش اظهارنظر می‌کند که هدف اصلی نکاح تأمین آسایش و راحتی طرفین آن نیست، ایجاد فرزند و تمهید عنوان قانونی تکلیف پدر به نگاهداری از آن است. او در پایان رأی خویش دربارهٔ هدف اصلی نکاح می‌افزاید:

The procreation and protection of legitimate children, the instituion of families, and

←

۲. نکاح نیز، مانند سایر عقود، در اثر توافق دوطرف ایجاد می‌شود و تمام شرایط اساسی قراردادها در این عقد لازم است. ولی، دربارهٔ آثار نکاح، ارادهٔ زن و شوهر حکومت ندارد. به حکم قانون، زن باید از مرد تمکین کند و با او در تربیت و نگهداری فرزندان همکاری نماید و مرد باید هزینهٔ خانواده را متحمل شود و با زن به نیکی رفتار کند... و مانند اینها. روابط زن و شوهر و موقعیتی که آن دو دربرابر هم دارند، به طور مستقیم از طرف قانون معین شده و گویی قالبی است آماده که زن و مرد خود را به توافق در آن نهاده‌اند.

در همهٔ قراردادها، همان کسانی که عقد را به وجود آورده‌اند، حق دارند به تراضی آن را منحل سازند، در حالی که انحلال عقد نکاح به تشریفات خاص و اجازهٔ دولت نیازمند است. پس، این تردید به میان می‌آید که آیا نکاح عقد است یا «سازمان حقوقی» خاص که به وسیلهٔ قوانین پیش‌بینی شده و توافق زن و شوهر شرط قرار گرفتن در آن موقعیت است نه موجد آن (دوگی، رسالهٔ حقوق اساسی، ج ۱، ص ٤٠۹، که نکاح را اتحاد «union» نامیده است).

این بحث را دو تن از استادان بزرگ حقوق عمومی فرانسه، دوگی و هوریو، آغاز کرده‌اند و پیروان و شاگردان ایشان بیش از اندازه برای آن اهمیت قائل شده‌اند[۱]. ولی، باید دانست که، با زیاد شدن قواعد امری در قراردادها و محدودیتهایی که برای اصل حاکمیت اراده به وجود آمده، این مبحث اهمیت گذشتهٔ خود را از دست داده است[۲].

به هرحال، برای روشن شدن ماهیت نکاح، همان گونه که در آغاز این بحث یادآوری شد، باید بین عقد نکاح، که پایه و اساس رابطهٔ زن و شوهری است، و وضعی که زن و شوهر پس از عقد در آن قرار می‌گیرند تفاوت گذارد: توافقی که بنیان تشکیل خانواده است، بی‌گمان در زمرهٔ قراردادها است. زیرا، انتخاب همسر و انعقاد نکاح به طور کامل وابسته به ارادهٔ طرفین است؛ آنان نمی‌توانند جداگانه به این نهاد حقوقی بپیوندند و بایستی با توافق رابطهٔ زوجیت را برقرار سازند. به همین جهت، مفهوم عقد در تکوین این رابطه احترازناپذیر است و قانون مدنی نیز آن را بارها «عقد» نامیده است (مواد ۱۰٦٤ و ۱۰٦٥ و ۱۰٦۸ و ۱۰۷۱).

→ the creation of natural relations among mankind, from which proceed all civilisation, (virtue, and happiness to be found in the world, (Kessler and Gilmore, Cases and materials, P. 115).

۱. برای دیدن مبانی این نظر، در حقوق مدنی فرانسه :ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۱۱۶ - از میان حکیمان، هگل نیز در«فلسفهٔ حقوق» خود نکاح را خارج از مفهوم قرارداد می‌داند. زیرا، به نظر او قرارداد عبارت از توافق دو ارادهٔ متعارض است دربارهٔ شیء خارجی معین، چون تنها در این مورد است که شخص می‌تواند مالکیت آن را منتقل کند و از آن بگذرد (نقل از کوهن: Cohen and Cohen. Reading in Jurisprudence and Legal Philosophy 4th Printing, PP.110-111.)

۲. در حقوق فرانسه: مارتی و رینو، ج ۱، ش ۳۹۰ - کولن و کاپیتان و ژولیو دولاموراندیر، ج ۱ ، ش۸۹۰ - ابری و رو، ج ۷، چاپ هفتم به وسیلهٔ اسمن، ش ۳.

ولی وضعی که زن و شوهر در برابر یکدیگر دارند از آثار این عقد نیست. نهاد حقوقی خاصی است که به وسیلهٔ قانون اداره و منظم می‌شود و ارادهٔ زن و شوهر، جز در پاره‌ای موارد استثنایی (حق سکنی)، اثری در ایجاد یا تغییر این وضع قانونی ندارد[1].

بر این تحلیل دو اثر مهم بار است:

۱. قواعد حاکم بر روابط زن و شوهر امری است، مگر این که قانون به تکمیلی بودن قاعده‌ای تصریح کند؛

۲. اگر قانونی که بر این روابط حاکم است تغییر کند، فوری اجرا خواهد شد و حکومت قانون جدید بر نکاحی که در سابق انجام شده با اصل «عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته» و اصل «حکومت قانون زمان عقد بر آثار آن» منافات ندارد[2].

---

۱. در حقوق فرانسه :مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۷۱۱ – پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۶۹) – و برای دیدن تعبیر مشابه در حقوق انگلیس، رجوع شود به: بروملیBromley ، حقوق خانواده، چاپ پنجم، ص ۱۴ به بعد.

۲. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱ ، ش ۸۷ – تعارض قوانین در زمان، ش ۱۲۱ .

فصل اول

نامزدی

مبحث اول: وعدهٔ نکاح و آثار آن

۱۸. مفهوم وعدهٔ نکاح و نامزدی:

در مواردی که دو شخص تصمیم به بستن پیمانی گرفته‌اند و در شرایط آن نیز با هم کنار آمده‌اند، گاه به دلیل موانع خارجی نمی‌توانند پیمان نهایی را به طور قطع واقع سازند. پس، برای این که زمینه را آماده سازند و در آینده نیز به وقوع قرارداد مطمئن باشند، در برابر هم تعهد می‌کنند که آن را در مدت معین و با همان شرایط مورد توافق منعقد سازند. این پیمان مقدماتی را «وعدهٔ قرارداد[1]» یا «پیش قرارداد[2]» و گاه «قولنامه» می‌نامند[3].

در نکاح نیز مرسوم است که پیش از زواج مرد به خواستگاری زن می‌رود، با هم دربارهٔ زندگی آینده گفتگو می‌کنند، خویشان نزدیک طرفین نیز نیک و بد این انتخاب را می‌سنجند و سرانجام، هنگامی که به توافق رسیدند، زن و مرد نامزد می‌شوند. هرچند که در این باره هیچ‌گاه سندی تنظیم نمی‌شود، ولی معنی عرفی نامزدی این است که پسر و دختر، هم آمادگی خود را برای ایجاد خانواده اعلام می‌دارند، و هم ملتزم می‌شوند که همسر یکدیگر شوند.

به همین جهت، اثبات نامزدی نیز به وسیلهٔ همه دلایل و به ویژه امارات امکان دارد

---

1. Promesse de contrat
2. Avant-contrat

۳. دربارهٔ مفهوم قولنامه و آثار حقوقی آن، رجوع شود به: ناصر کاتوزیان، همین دورهٔ حقوق مدنی، عقود معین، ج۱، ش۳۶ به بعد.

و در غالب موارد از اوضاع و احوال و رفتار زن و مرد در برابر یکدیگر استنباط می‌شود[1].

عرف و اخلاق، که مبنای اصلی لزوم قراردادهاست، این دو را مکلف می‌داند که بر پیمان خود استوار بمانند. به دست کردن حلقهٔ نامزدی تنها اعلام سادهٔ تصمیم بر زواج نیست، بلکه نشان ارادهٔ جدی بر حفظ این تصمیم است.

۱۹. شرایط درستی این وعده:

توافقی که زن و مرد دربارهٔ زناشویی آیندهٔ خود می‌کنند تابع شرایط عمومی قراردادهاست[2]: باید طرفین قاصد و راضی باشند و برای پیمانی که می‌بندند اهل محسوب شوند. بنابراین، وعده‌ای که شخص مست یا دیوانه یا کودک می‌دهد هیچ اثر حقوقی ندارد.

گذشته از این شرایط عمومی، برای درستی وعدهٔ نکاح لازم است که مانعی برای ازدواج آیندهٔ نامزدها وجود نداشته باشد. چنان که در مادهٔ ۱۰۳٤ قانون مدنی آمده است که: «هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد می‌توان خواستگاری نمود». پس، هرگاه مردی با زن شوهردار قرار بگذارد که بعد از جدایی از همسرش نکاح کنند، یا مردی که چهار زن در نکاح دارد برای پنجمین بار دختری را نامزد کند، پیمانشان درست نیست و، هرگاه کسی از این راه دیگری را بفریبد و زیانی به او برساند، برطبق قواعد کلی تسبیب ضامن است نه به دلیل بر هم زدن پیمان نامزدی[3].

نادرستی این وعده‌ها به خاطر نامشروع بودن موضوع یا جهت قراردادها است. برای مثال، خواستگاری از زن شوهردار سبب بر هم زدن اساس خانواده است و از این حیث با اخلاق حسنه و نظم عمومی منافات دارد[4]. همچنین، اگر نامزدها به دلیل اشتباه یا

---

۱. در حقوق امریکا، کلارک (Clark)، حقوق روابط خانوادگی، ص ۳ - بعضی از دادگاهها ایجاد رابطهٔ جنسی را به عنوان دلیل وجود رابطهٔ نامزدی و توافق درباره آن پذیرفته‌اند (پولسن Paulsen و کوهل، ص۴۰).

۲. در حقوق انگلیس، بروملی، حقوق خانواده، ص ۱۶.

۳. در حقوق آمریکا رأی داده شده است که، هرگاه مردی خود را مجرد وانمود کند و با دختری نامزد شود، دختر بی‌گناه می‌تواند، به عنوان نقض عهد، آن مرد را تعقیب کند:

(Corbin on Contract, volume 6 A Section 1475. P. 619-620).

۴. برای مطالعه دربارهٔ آثار بر هم زدن پیمان نامزدی به مبحث دوم این فصل رجوع شود .همچنین رجوع شود ←

اکراه ارادهٔ سالم نداشته باشند، وعدهٔ نکاح به تفاوت موارد باطل یا غیرنافذ است.

۲۰. وعدهٔ نکاح رابطهٔ زناشویی ایجاد نمی‌کند:

قانون مدنی در مورد خواستگاری و آثار نامزدی از قانون مدنی آلمان (مواد ۱۲۹۷ تا ۱۳۰۲) و قانون مدنی سویس (مواد ۹۰ تا ۹٤) گرفته شده است و احکام آن در فقه سابقه ندارد.

در حقوق اروپایی، وعدهٔ قرارداد، اگر ناشی از تعهد هر دو طرف باشد، همان اثر عقد اصلی را دارد. چنان که به موجب بند اول مادهٔ ۱۵۸۹ قانون مدنی فرانسه، وعدهٔ بیع ارزش بیع را دارد و باعث انتقال مبیع می‌شود[1]. ولی، در مورد نکاح، برای اینکه همسران آینده تا آخرین لحظه در گرفتن تصمیم آزاد باشند، این اصل پذیرفته نشده است. تعهد زن و مرد به این که با هم ازدواج کنند، ارزش عقد اصلی نکاح را ندارد و الزامی هم برای آنان به وجود نمی‌آورد.

مادهٔ ۱۰۳۵ قانون مدنی نیز با اقتباس همین فکر مقرر می‌دارد: «وعدهٔ ازدواج ایجاد علقهٔ زوجیت نمی‌کند، اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد...». این تصریح در حقوق ما ضرورت چندانی نداشت، زیرا در هیچ یک از قراردادها، تعهد دو طرف به انعقاد قرارداد نتیجهٔ عقد اصلی را نمی‌دهد و تعهد بر انعقاد عقد در عرف حقوقی ما متمایز از خود آن است و بین این دو مفهوم اختلاطی وجود نداشته است تا در مورد نکاح اشاره به جدایی آنها لازم باشد[2].

← به :کوربن، قراردادها در حقوق آمریکا، ج ۶ مکرر، بند ۱۴۷۵ ص ۶۱۹ (وعدهٔ ازدواج از طرف کسی که همسر دارد، هر چند جدای ازهم باشند و تعهد مشروط به وقوع طلاق باشد، باطل و خلاف نظم عمومی است) - در حقوق انگلیس نیز اظهارنظر شده است که، هرگاه مردی تعهد کند که پس از مرگ همسرش با زن دیگر ازدواج خواهد کرد، این قرارداد نافذ نیست: انسون(Anson)، قراردادها، ص ۳۴۵ چشایر و فیفوت، ص ۳۵۶.

۱. پلینول و ریپر، ج ۶ به وسیلهٔ اسمن، ش ۱۴۲ به بعد - ریپر و بولانژه، ج ۲ ، ش ۸۶ - ژاک گستن، قرارداد، ش ۲۳۸ – کولن و کاپیتان، ج ۲، ش ۸۳۱ به بعد - رک .ناصر کاتوزیان، همین دورهٔ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج۱، ش ۲۰۰.

۲. برای دیدن فرضی که وعدهٔ قرارداد در حکم ایجاب و قبول است، رک :قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۰۰.

به هرحال، تعهد ازدواج در آینده، بر فرض که از ناحیهٔ زن و مرد به طور متقابل باشد، آن دو را زن و شوهر نمی‌کند. رابطهٔ جنسی آنان در این دوره نامشروع است و، هرگاه فرزندی پیدا کنند، در نظر قانون طفل نامشروع و طبیعی است، هرچند که نامزدی نیز منتهی به زواج آن دو شود.

۲۱. وعدهٔ نکاح الزام‌آور نیست:

توافقی که زن و مرد دربارهٔ همسری آیندهٔ خود می‌کنند، آنان را پای‌بند نمی‌سازد. «... هر یک از زن و مرد، مادام که عقد نکاح جاری نشده، می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبهٔ خسارتی نماید» (مادهٔ ۱۰۳۵ق.م.).

از لحن مادهٔ ۱۰۳۵ و سابقهٔ تاریخی آن به خوبی برمی‌آید که مقصود از «وعدهٔ ازدواج» تعهد بر انجام عقد بوده است نه پیشنهاد سادهٔ آن. اگر منظور از کلمهٔ «وعده» تنها اخبار به انجام دادن آن و نوید بود، دیگر نیازی به انشاء مادهٔ ۱۰۳۵ پیدا نمی‌شد، زیرا التزام نتیجهٔ اراده و خواسته‌های طرفین عقد است. پس، اگر آنان نخواهند که خود را ملزم به کاری سازند، از عقدی که به وجود آورده‌اند هیچ دینی به بار نخواهد آمد.

قید این عبارت که «طرف نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده...» تنها در صورتی معقول است که طرفین تعهد بر ازدواج کرده باشند و قانونگذار بخواهد این تعهد را الزام‌آور نداند.

بنابراین، نه فقط اعلام نامزدی ساده هیچ التزامی برای نامزدها به بار نمی‌آورد، تعهد صریح آنان به ازدواج نیز الزام‌آور نیست. اصل حاکمیت اراده در باب نکاح، به خاطر حفظ سلامت خانواده و تأمین آزادی کامل نامزدها، اجرا نمی‌شود و مادهٔ ۱۰ قانون مدنی نمی‌تواند مستند الزام متعهد قرار گیرد[1].

---

۱. برای ملاحظهٔ عقیدهٔ مخالف، رک :مرحوم دکتر سیدحسن امامی، ج ۴، ص ۲۷۰ و ۲۷۱ - ایشان وعدهٔ نکاح را غیر از تعهد به انجام آن دانسته و نتیجه گرفته‌اند که، هرگاه تعهد بر ازدواج بشود، طبق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی (اصل آزادی قراردادها) الزام‌آور است - همچنین، برای تعبیر مشابه در مورد معنی«وعده»: دکتر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۷ به بعد.

۲۲. اثر وجه التزام در وعدهٔ نکاح:

اگر از مادهٔ ۱۰۳۵ قانون مدنی بطلان قراردادی که دربارهٔ تعهد به ازدواج بسته شده استفاده شود، بی‌گمان وجه التزامی هم که در آن شرط شده است هیچ اثری ندارد، زیرا اعتبار و نفوذ شرط تابع عقد اصلی است[1]. ولی، هرگاه این قرارداد درست باشد، این پرسش به میان می‌آید که آیا آوردن چنین شرطی در ضمن نامزدی یا عقد لازم دیگر می‌تواند برای آنان ایجاد الزام کند؟

برای مثال، مردی تعهد می‌کند که دختری را به همسری بگیرد و در قرارداد ملتزم می‌شود که در صورت تخلف مبلغ صد میلیون ریال بپردازد، یا خریدار ملکی ضمن سند رسمی ملتزم می‌شود که دختر فروشنده را به همسری بگیرد و در صورت تخلف پانصد هزار ریال وجه التزام بدهد. گفته شد که این گونه قراردادها مرد را وادار به نکاح نمی‌سازد، ولی آیا وجه التزامی را که به عهده گرفته است می‌توان از او خواست؟

پاره‌ای از محققان، این وجه التزام را قابل مطالبه می‌دانند و استدلال می‌کنند که، بر طبق مادهٔ ۱۰ ق.م.، قراردادهای خصوصی، اگر مخالف صریح قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، نافذ است. این قرارداد را قانون مدنی باطل ندانسته است و اجرای مفاد آن نیز با نظم عمومی و اخلاق حسنه منافات ندارد. تعهد به نکاح مانند تعهد به انجام معاملات است و می‌توان نامزد را به وسیلهٔ دادگاه به نکاح یا پرداختن وجه التزام اجبار کرد.[2]

این استدلال در صورتی درست است که تعهد به نکاح الزام آور باشد و کلمهٔ «وعده» در مادهٔ ۱۰۳۵ به معنی نوید وقول اخلاقی گرفته شود نه تعهد مدنی. ولی، پاسخ این ایراد را از پیش دیده‌ایم و گفته شد که قرارداد مربوط به نکاح هیچ الزامی برای طرفین به وجود نمی‌آورد و آزادی تصمیم را تا آخرین لحظه از آنان نمی‌گیرد، پس، بر این مبنا باید اثر وجه التزام را بررسی کرد:

۱. پاسخ پرسش نخست، یعنی موردی که وجه التزام ضمن وعدهٔ نکاح شرط

---

۱. به همین جهت در حقوق فرانسه، که دادگاهها وعدهٔ نکاح را باطل می‌دانند، هیچ تردیدی در بی اثر بودن شروط جزایی و وجه التزام وجود ندارد (پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۸۲ - دیوان کشور، ۲۱ دسامبر ۱۸۱۴ و رأی دادگاه دونه، ۳دسامبر ۱۸۵۳ - دالوز، ۵۵، ۲، ۱۳۳).

۲. سید حسن امامی، ج ۴، ص ۲۷۱ .

می‌شود، بسیار آسان است. زیرا شرط تعهدی است تبعی و با برهم زدن عقد اصلی از بین می‌رود. بنابراین، نامزدی که مایل به اجرای پیمان نامزدی نیست، می‌تواند با فسخ آن اثر شرط را نیز از بین ببرد.

۲. اگر وعدهٔ نکاح یا وجه التزام ضمن عقد لازم دیگری نیز شرط شود از آن کسب لزوم نمی‌کند، زیرا از مفاد مادهٔ ۱۰۳۵ به خوبی بر می‌آید که قانونگذار هر ترتیبی را که منجر به الزام زن و مرد به عقد نکاح شود منع کرده است.

در پایان این ماده تصریح کرده است که «.. طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبهٔ خسارتی نماید». قانونگذار به خوبی می‌دانسته است که یکی از وجوه لازم ساختن عقد جایز شرط کردن آن در ضمن عقد لازم است (م ٦٢٩ ق.م.) و نیز متوجه بوده است که وجه التزام خسارتی است‌که طرفین عقد برای عدم انجام تعهد پیش بینی کرده‌اند (م ۲۳۰)، و با این حال، تمام وجوهی را که به وسیلهٔ آنها می‌توان نامزد را به نکاح یا دادن خسارت مجبور کرد بی اثر شناخته است.

حقوق کشورهایی که الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده است نیز در بی اثر شناختن شروط کیفری و حیله‌های قانونی در این باره اتفاق نظر دارند؛ چنان که مادهٔ ۱۲۹۷ قانون مدنی آلمان و مادهٔ ۹۱ قانون مدنی سویس با عباراتی همانند آن را منع کرده‌اند و علمای حقوق و دادگاه‌های فرانسه هم بی‌اعتباری این گونه شروط و هر گونه قراردادی را که به طور صوری و به منظور الزام نامزدها بر انجام نکاح واقع شود تأیید می‌کنند.[1]

۱. پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۸۷ – دموگ، تعهدات به طور کلی، ج ۲، ش ۴۹۳، ص ۴۶ – دیوان کشور فرانسه، رأی۷ مه ۱۸۳۶ : سیری۳۶ ، ۵۷۴،۱.

مبحث دوم : خسارات ناشی از برهم زدن نامزدی

۲۳. نتیجهٔ حذف مادهٔ ۱۰۳۶ قانون مدنی:

با این که قانون مدنی «وعدهٔ نکاح» را الزام آور نمی‌داند و به نامزدها حق می‌دهد که هرگاه بخواهند این پیمان را بر هم زنند، مادهٔ ۱۰۳۶ این قانون چنین بود: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزند، در حالی که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهدهٔ خسارت وارد بر آید، و خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود».

بر پایهٔ این حکم، نامزدها در بهم زدن این پیمان آزادی کامل ندارند. باید علت موجهی برای این پیمان‌شکنی داشته باشند، و گرنه متخلف باید خساراتی را که از دودلی یا هوسبازی او به بار می‌آید جبران کند، هر چند که زیان‌دیده‌ها اشخاص خارجی باشند.

تحلیل حقوقی این ماده آسان نیست، زیرا چگونه می‌توان پذیرفت که شخص ملزم شود که زیان‌های ناشی از اجرای حقی را که قانون به او داده است بپردازد؟ در اصلاح سال ٦١، این ماده حذف شده است. این اقدام به منزلهٔ مباح شناختن فسخ نامزدی است، ولی گرفتن خسارت را به طور مطلق منع نمی‌کند، پس، پاسخ گفتن به این پرسش‌ها ضروری است :

۱. الزام نامزد به جبران خسارت بر کدام قاعدهٔ عمومی از تعهدات متکی است؟

۲. با حذف مادهٔ ۱۰۳۶، در چه مواردی نامزد پیمان‌شکن مسؤول خسارات ناشی از این اقدام نمی‌شود و تقصیری را به او نمی‌توان نسبت داد؟[1]

۳. خسارتی که پرداخته می‌شود تا چه میزان است و آیا زیان‌های معنوی نیز در این رابطه به حساب می‌آید یا نه؟

---

۱. در طرح اصلاحی جمعی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی در سال ۸۴ پیشنهاد احیاء مادهٔ ۱۰۳۶ قانون مدنی بدین عبارت شده است: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجه برهم زند مکلف به جبران خسارات مادی ومعنوی ناشی از به هم زدن نامزدی است.»

۲۴. مبنای الزام به جبران خسارت:

پاره‌ای از نویسندگان «نامزدی» را قرارداد نافذ نمی‌دانند. به نظر اینان، تعهدی که نامزدها در برابر هم پیدا می‌کنند تنها جنبهٔ اخلاقی دارد و حقوق، به خاطر حفظ آزادی زن و شوهر، آن را باطل می‌داند. منتها، چون مطابق قواعد عمومی هرکس در اثر تقصیر خود سبب ورود زیان به دیگری شود باید آن را جبران کند، نامزدی هم که طرف خود را فریب داده یا در فسخ پیمان مرتکب تقصیر شده مسؤول جبران خسارات کار خویش است: یعنی، مبنای مسؤولیت او قواعد مربوط به تسبیب است نه قرارداد نامزدی.

این نظریه، در حقوق فرانسه طرفداران زیاد دارد و، از این جهت که مسؤولیت قراردادی را نفی می‌کند، با اصول حقوقی ما سازگار است. با وجود این، هیچ دلیلی برای بطلان «وعدهٔ نکاح» وجود ندارد، و لحن مادهٔ ۱۰۳۵ ق.م. نشانهٔ آنست که قانونگذار «وعدهٔ نکاح» را دارای اثر حقوقی می‌داند.

قرارداد نامزدی عقدی است جایز، یعنی هر یک از دو طرف، می‌تواند آن را بر هم زند و «.. طرف دیگر نمی‌تواند... از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبهٔ خسارتی نماید».(م ۱۰۳۵ ق.م.).

با وجود این، هرگاه طرفی که پیمان نامزدی را به هم زده است از این حق سوء استفاده کند و علت موجهی برای کار خود نداشته باشد، باید خسارات ناشی از تقصیر خود (سوء استفاده از حق) را جبران سازد. بر طبق اصل ٤٠ قانون اساسی جمهوری اسلامی: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». پس، اباحهٔ برهم زدن نامزدی، به عنوان قاعدهٔ عمومی، منافاتی با تقصیر فسخ کننده در مورد سوء استفاده از این حق ندارد وقصد اضرار و بی مبالاتی و تقصیر او می‌تواند مبنای مسؤولیت قرار گیرد. به بیان دیگر، مبنای الزام نامزد به جبران خسارت، سوء استفاده از حقی است که قانونگذار نسبت به برهم زدن نامزدی به او داده است و مبنای مستقیم آن پیمان شکنی نیست.

۲۵. چگونگی علت موجه و اثبات آن :

بر طبق نظری که در مبنای مسؤولیت نامزد گفته شد، سبب مسؤولیت نامزدی که از تصمیم خود منصرف شده تقصیر اوست نه فسخ قرارداد. اوضاع و احوال خارجی که

همراه با این فسخ گشته و تجاوز نامزد را از حدود متعارف نشان می‌دهد برای او ضمان‌آور است، و گرنه برهم زدن نامزدی به خودی خود هیچ مسؤولیتی به بار نمی‌آورد.

از این تحلیل دو نتیجهٔ اساسی گرفته می‌شود:

۱. اگر بر هم زدن نامزدی مقرون به تقصیر نباشد ایجاد مسؤولیت نمی‌کند: مانند این که دلیل بر بر هم زدن نامزدی رابطهٔ نامشروع با دیگری یا تندخویی یا بیماری ساری و صعب‌العلاج طرف دیگر باشد.[1] ولی، هرگاه نامزدی آغاز بدمسری نماید یا در اعلام تصمیم تازهٔ خود چندان تأخیر کند که خانوادهٔ نامزد دیگر بیهوده مخارج تهیهٔ مراسم را بپردازند و آنگاه در آخرین لحظه‌ها پشیمانی خود را از نکاح ابراز کند، یا با نقشهٔ قبلی و به قصد ضرر زدن به نامزد و کسان او آنان را به وقوع ازدواج مغرور سازد، تقصیر کرده است و باید نتایج آن را تحمل کند.

باید انصاف داد که مفهوم سوء استفاده از حق در این مورد چهرهٔ خاص دارد: بدین معنی که به دلیل اهمیت و حرمت نکاح، اجرای حق باید مبتنی بر علتی باشد که عرف و اخلاق آن را موجه می‌داند. پس، هرگاه نامزد پیمان شکن چنین علتی برای توجیه کار خود نداشته باشد، سوء استفاده از حق کرده است. در واقع، باید گفت که انسان متعارف و آگاه بدون جهت معقول نامزدی خود را بر هم نمی‌زند و تجاوز از رفتار چنین انسانی، هر چند در مقام اجرای حق باشد، تقصیر است.

۲. بر طبق قواعد عمومی، در اختلاف بین نامزدها اثبات تقصیر به عهدهٔ زیان‌دیده است، و نامزدی که «وعدهٔ ازدواج» را به هم زده است الزامی در اثبات موجه بودن کار خود ندارد.[2]

با وجود این، پاره‌ای از استادان حقوق مدنی، اثبات وجود علت موجه را بر عهدهٔ کسی قرار داده‌اند که نامزدی را برهم زده است.[3]

---

۱. در حقوق امریکا، برهم زدن نامزدی به علت بیماری سل و سایر امراض ساری موجه دانسته شده است (کوربن، همان کتاب، ص ۶۱۲).

۲. هانری دوپاژ، حقوق مدنی بلژیک، ج ۱، ش ۵۷۲ به بعد.

۳. سیدعلی شایگان، ش ۶۲۷ - در حقوق امریکا نیز کسی که نامزدی را به هم زده است و طرف دعوا قرار گرفته است باید دلیل موجه بودن کار خود را به عنوان دفاع به دادگاه بدهد و مدعی نیازی به اثبات نامشروع بودن عمل او ندارد (کلارک، همان کتاب، ص ۵ و ۶).

این نظر، در صورتی درست می‌نماید که گفته شود، پیمان نامزدی عقدی است الزام‌آور و هریک از طرفین فقط در صورت وجود علت موجه حق بر هم زدن آن را دارد. پس، بر عهده نامزد پیمان‌شکن است که برای معاف شدن از تأدیهٔ خسارت علت اقدام خود را اثبات کند. ولی، با حذف مادهٔ ۱۰۳۶ ق.م. هیچ مبنای قابل ارائه‌ای برای آن باقی نمی‌ماند، و برعکس، از مفاد مادهٔ ۱۰۳۵ ق.م. نادرستی آن به خوبی بر می‌آید.

۲۶. خسارتی که قابل مطالبه است:

دربارهٔ میزان خسارت، قواعد عمومی مربوط به مسؤولیت مدنی و سوء استفاده از حق را باید رعایت کرد.[1] داوری عرف نیز در این زمینه نقش اساسی دارد. پس، اگر برای برگزاری مراسم نکاح و در حدود شخصیت طرفین و خانوادهٔ آنان خرجی شده باشد، تنها این مبلغ به عنوان خسارت قابل مطالبه است. ولی، هزینه‌هایی را که عرف لازم نمی‌داند و هوس نامزدها یا خانوادهٔ ایشان به بار می‌آورد، در زمرهٔ خسارات نخواهد آمد.

خسارات قابل مطالبه محدود به زیان‌های مادی نیست. در این زمینه، خسارت واقعی در شکست روحی و صدمه‌های عاطفی است که عدالت نمی‌تواند از آنها چشم بپوشد. از متن مواد ۱ و ۲ قانون مسؤولیت مدنی مصوب اردیبهشت ۱۳۳۹ نیز امکان مطالبهٔ خسارت معنوی استنباط می‌شود. درست است که این مواد ناظر به مسؤولیت ناشی از ضمان قهری است، لیکن، گفته شد که مبنای مسؤولیت در این باره نیز چهرهٔ قراردادی ندارد. وانگهی، وقتی پذیرفته شد که زیان‌های معنوی نیز قابل تقویم به پول است، چه تفاوت می‌کند که سبب زیان جرم و ضمان قهری یا عدم انجام تعهد ناشی از قرارداد باشد.[2]

دربارهٔ چگونگی ارزیابی این‌گونه خسارات توافق نظر وجود ندارد، زیرا معلوم نیست چگونه می‌توان عواطف آدمی و تأثر روحی او را به پول تقویم کرد؟ این ایراد به جای خود وارد است. ولی هیچ کس منکر این حقیقت نیست که انسان متعارف از

---

۱. امیر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱و ۲ ، ۱۳۸۶.

۲. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۳۳۶ – مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۸۰ – سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۷۳.

داشتن پول احساس شادمانی می‌کند و این احساس تا اندازه‌ای می‌تواند او را تسکین دهد. پس، باید دید چه مبلغی در نظر عرف برای جبران زیان‌های معنوی ضرورت دارد؟

مبحث سوم: وضع هدایا و نامه‌ها

۲۷. امکان استرداد هدایا:

به موجب مادهٔ ۱۰۳۷ ق.م. «هریک از نامزدها می‌تواند، در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند و اگر عین هدایا موجود نباشد، مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاهداشته می‌شود، مگر این که آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد».

بنابراین، هدایایی که نامزدها به امید وقوع نکاح به یکدیگر داده‌اند، در صورت برهم خوردن نامزدی قابل استرداد است، هر چند که وعدهٔ نکاح به دلیل تقصیر یکی از آنان یا بدون علت موجه منحل شده باشد. باید توجه داشت که مفاد م. ۱۰۳۷ ق.م. ناظر به هدایایی است که در دوران نامزدی داده می‌شود. دربارهٔ هدایایی که پیش از آن داده شده است، دیگر نمی‌توان ادعا کرد که هدیه مشروط به وقوع ازدواج بوده است. پس، باید رابطهٔ آنان را تابع قواعد مربوط به هبهٔ اموال دانست.[1]

نکتهٔ جالب این است که قانونگذار اموالی را که عادتاً نگاهداشته می‌شود از اشیاء مصرف شدنی متمایز ساخته و برای هر کدم حکم ویژه‌ای مقرر داشته است. این امتیاز و مسؤولیت نامزد دربارهٔ حفظ اموال دستهٔ نخست، طبیعت هدیه‌ای را که انجام شده است دچار ابهام می‌سازد. به طور مسلم، منظور از دادن این گونه هدایا مالک ساختن نامزد است. پس، چگونه می‌توان او را به پس دادن مالی که به دست آورده است ناگزیر ساخت و حتی در صورت تلف شدن آن مالک را مسؤول شناخت؟

برای پاسخ دادن به این پرسش، باید رابطهٔ حقوقی طرفین را در دو فرض جداگانه بررسی کرد:

---

۱. کلارک، همان کتاب، ص ۲۲.

۲۸. الف - وضع هدایای مصرف شدنی:

در موردی که یکی از نامزدها هدیه‌ای برای مصرف به دیگری می‌دهد، می‌داند که او آن را به طور معمول از بین می‌برد و نگه نمی‌دارد. درست است که آن را به امید وقوع نکاح می‌دهد، ولی منظور او این است‌که بدین وسیله محبتی جلب کند و گاه نیز انتظار دارد که استعمال هدیه را به چشم ببیند. این گونه هدایا از نظر مادی قیمت زیاد ندارد و جنبهٔ معنوی و اخلاقی آن بیشتر مورد توجه است. پس، می‌توان ارادهٔ نامزدها را چنین تحلیل کرد که خواسته‌اند هدیه به طور قطع بخشیده شود و گیرندهٔ آن، مانند هر مالک دیگر، بتواند هرگونه تصرفی که می‌خواهد در مال خود بکند.

برای مثال، فرض کنیم نامزدی به همسر آیندهٔ خود جوراب یا کراواتی هدیه می‌کند، یا برای خانوادهٔ او چند صندوق پرتقال می‌دهد. هنگام تقدیم این هدایا تصور پس گرفتن یا لزوم نگاهداری آنها نیز نمی‌رود. بنابراین، اگر جوراب و کراوات یا پرتقال‌ها مصرف شود و از بین برود، درست همان امری بوده است که طرفین می‌خواسته‌اند و به همین دلیل نیز قیمت این هدایا، حتی بعد از برهم خوردن نامزدی، قابل مطالبه نیست.

ولی، اگر عین هدایا در زمان به هم خوردن نامزدی باقی باشد، هدیه کننده می‌تواند آن را پس بگیرد. زیرا، نه تنها قرارداد هدیه از اقسام هبه است و بر طبق مادهٔ ۸۰۳ ق.م.: «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند»، این ترتیب با قصد مشترک طرفین نیز موافق است. نامزدها نیز نمی‌خواهند، پس از انحلال نامزدی، هدایایی که از بین نرفته است همچنان در ملکیت گیرندهٔ هدیه باقی بماند. یعنی، به هم خوردن نامزدی را به‌طور ضمنی شرط انحلال هدیه قرار داده‌اند.

۲۹. ب - هدایایی که عادتاً نگاهداری می‌شود:

این هدایا به طور معمول گرانبهاتر است؛ عرف نامزد را موظف به نگاهداری آنها می‌داند و مقصود نامزدها این نیست که هدیه بدون قید و شرط تملیک شود. در این مورد، بنای طرفین بر این است که بر هم خوردن نامزدی شرط انحلال هدیه باشد: یعنی، انحلال نامزدی خود به خود هدیه را منفسخ کند و گیرندهٔ مال موظف به پس دادن آن باشد.

اجرای این شرط ضمنی در صورتی امکان دارد که گیرندهٔ هدیه ملزم به نگاهداری

آن باشد و مالکیت او پیش از عقد نکاح محدود و مقید فرض شود. زیرا، اگر نامزد بتواند در دوران نامزدی هدیه را از بین ببرد یا به دیگری منتقل سازد، انفساخ هدیه هیچ فایده‌ای ندارد.

بنابراین، هرگاه بعد از برهم خوردن نامزدی عین هدیه موجود باشد، برطبق مادهٔ ۸۰۳ و شرط ضمنی طرفین، پس گرفته می‌شود. ولی، اگر هدیه از بین برود و تلف مال ناشی از تقصیر نامزد به حساب آید، چون او مانع از اجرای شرط و بازگشتن مال به صاحبش شده است، باید با پرداختن قیمت از عهدهٔ خسارات وارد شده برآید.

برعکس، در صورتی که هدیه بدون تقصیر نامزد تلف شده باشد، او مسؤولیتی در پرداخت آن ندارد. زیرا، فرض این است که کاری برخلاف قرارداد انجام نشده است و مالک (گیرندهٔ هدیه) نیز مسؤول تلف شدن مال خود در برابر کسی نیست.

یکی از شایع‌ترین اقسام این گونه هدایا حلقهٔ نامزدی است که در نظر عرف نشانهٔ خارجی این پیمان و حفظ آن دلیل استوار بودن بر وعدهٔ نکاح است. پس، بر هم خوردن نامزدی، به هر دلیل که باشد، با برگرداندن حلقهٔ نامزدی همراه است و نگاهداری آن را به هیچ قاعدهٔ حقوقی نمی‌توان مستند کرد.

۳۰. انحلال نامزدی در اثر فوت:

بر طبق مادهٔ ۱۰۳۸ قانون مدنی: **«مفاد مادهٔ قبل، از حیث رجوع به قیمت، در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد مجری نخواهد بود»**. پس، اگر یکی از نامزدها مالی را هدیه کند که عادتاً نگاهداری می‌شود و این مال در اثر تقصیر نامزد تلف شده باشد، در صورتی که یکی از نامزدها فوت کند و به این دلیل وعدهٔ نکاح به هم خورد، مطالبهٔ قیمت از طرف وارث متوفی یا علیه وارث گیرندهٔ هبه امکان ندارد.

مفاد این حکم بر عدالت و رسوم اجتماعی استوار است که دعوا را در چنین حالتی ناپسند می‌شمرد، وگرنه سقوط حق را بر هیچ قاعدهٔ حقوقی نمی‌توان استوار کرد.

به اضافه، از مفهوم مخالف مادهٔ ۱۰۳۸ چنین برمی‌آید که رجوع به عین هدایا در صورت فوت یکی از نامزدها نیز امکان دارد، و این حکم با قواعد عمومی هبه معارض است. زیرا، به موجب مادهٔ ۸۰۵ قانون مدنی: «بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست.» هدیه نیز از اقسام هبات است و نباید بعد از فوت یکی از طرفین قابل رجوع

باشد. پس، باید دلیل دیگری برای امکان رجوع در این حالت خاص جستجو کرد.

این دلیل بنای طرفین است که خواسته‌اند به هم خوردن نامزدی شرط انحلال هدیه باشد و مالکیت گیرندهٔ هدیه خود به خود از بین برود.

۳۱. وضع نامه‌هایی که در دوران نامزدی مبادله شده است:

صورت مسأله این است که، پس از برهم خوردن نامزدی، آیا دوطرف می‌توانند نامه‌هایی را که در این دوران برای هم فرستاده‌اند مطالبه کنند؟ بی‌تردید، از بابت تلف این گونه نامه‌ها خسارتی نمی‌توان خواست، زیرا عرف و اخلاق هیچ کس را ملزم به نگاهداری نامه‌هایی که برای او می‌رسد نمی‌کند. ولی، در فرضی که نامه‌ها باقی مانده است، آیا نامزدی که آن را فرستاده است حق دارد نامه‌های خود را در زمرهٔ سایر هدایا مطالبه کند، یا بایستی گفت، چون گیرندهٔ نامه مالک آن است، هیچ حادثه‌ای او را ناگزیر به پس فرستادن آنها نمی‌سازد؟

رویهٔ قضایی هنوز در این باره تصمیم نگرفته است، ولی به نظر می‌رسد که نامه‌ها نیز در زمرهٔ سایر هدایا قابل پس گرفتن باشد. زیرا، نوشتن این نامه‌ها نیز، مانند هدیه‌ها، بر مبنای وقوع ازدواج در آینده صورت می‌گیرد. پیام‌ها به عنوان همسر آینده و شریک در زندگی فرستاده می‌شود و برهم خوردن نامزدی اساس این رابطهٔ را متزلزل می‌سازد. باقی ماندن چنین نامه‌هایی، اگر مورد سوء استفاده نیز قرار نگیرد، گاه به طور اتفاقی سبب مشاجره‌ها و سوء تفاهم‌های ناگوار می‌شود و به همین جهت اخلاق نیز نگاهداری این صندوقهای اسرار را روا نمی‌بیند.

گذشته از داوری عرف، از روح مادهٔ ۱۰۳۷ چنین برمی‌آید که قانونگذار مایل است وضع نامزدها را هر چه بیشتر به صورت گذشته برگرداند و مادهٔ نزاع را از بین ببرد. پس، در قیاس نامه‌های خانوادگی با هدایا نباید ادعا کرد که بین این دو حکم مبنای مشترک وجود ندارد[1].

---

۱. در تأیید نظر مخالف، که نامه‌های نامزدها را در شمار اموال تلف شده می‌داند، احتمال دارد این استدلال به ذهن برسد.

۳۲. مرور زمان این دعاوی:

برای این که دعاوی ناشی از به هم خوردن وصلت، اعم از دعاوی خسارت یا مطالبهٔ هدایا و قیمت آنها، زودتر پایان پذیرد، قانونگذار ما نیز، به تقلید از قانون مدنی سویس و آلمان، مرور زمان کوتاه‌تری را پیش بینی کرده بود و این گونه دعاوی را بعد ازدو سال از تاریخ به هم خوردن نامزدی مسموع نمی‌دانست (مادهٔ ۱۰۳۹ قانون مدنی).

از نظر اجتماعی نیز اقامهٔ این دعاوی را نامزدها با غرور و عزت نفس خویش منافی می‌دانند و اخلاق عمومی هم مقررات نامزدی را، که از حقوق اروپایی اقتباس شده است، به آسانی نمی‌پذیرد. به همین جهت، دعاوی مربوط به جبران خسارات ناشی از برهم خوردن نامزدی و استرداد هدایایی که به این مناسبت داده شده بسیار نادر است.

ولی، در اصلاح سال ٦١ کمیسیون قضایی مجلس، مادهٔ ۱۳۰۹ را نیز حذف کرد. این اقدام، بی‌گمان مرور زمان کوتاه مدت را از بین می‌برد. منظور قانونگذار الغای نهاد مرور زمان بوده است نه طولانی کردن آن. لیکن، تا زمانی که نهاد مرور زمان به طور قاطع از سوی مجلس از بین نرفته است، احتمال اجرای قواعد عمومی آن دربارهٔ دعاوی نامزدها در برابر یکدیگر نیز از بین نمی‌رود. این اقدام با تصویب قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ انجام گرفت و قانونگذار نهاد مرور زمان را در قانون جدید نیاورد و به این بحث پایان بخشید.

قرائت و تمرین (۲)

۱. مبنای الزام به جبران خسارت

دربارهٔ طبیعت وعدهٔ نکاح و مبنای الزام به جبران خسارت گفتگو بسیار است و پیشنهادهایی را که دربارهٔ حل این مشکل شده است بدین شرح می‌توان خلاصه و ارزیابی کرد:

۱. وعدهٔ نکاح مانند سایر قراردادهای خصوصی نافذ است و کسی که از اجرای تعهد خود سرباز زند، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز جبران کند. پس، زیان دیده احتیاجی ندارد که تقصیر او را اثبات کند، زیرا پیمان شکنی خود نوعی خطا است. کسی که نامزدی را به هم زده است باید موجه بودن کار خود را ثابت کند، وگرنه ملزم به جبران خسارت می‌شود.[1]

این تحلیل را نمی‌توان پذیرفت. زیرا، اگر وعدهٔ نکاح نیز در زمرهٔ سایر قراردادها باشد، دست کم عقدی است که طرفین در هر حال حق برهم زدن آن را دارند و از این بابت نیز نمی‌توان از آنها خسارت مطالبه کرد (مادهٔ ۱۰۳۵ ق.م.).

به اضافه، برطبق قواعد عمومی تعهدات، در صورتی متعهد از دادن خسارت معاف می‌شود که ثابت کند علت خارجی مانع از وفای به عهد شده و از بین بردن آن مانع نیز از توانایی او بیرون بوده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.). ولی، عذری که می‌تواند بر هم زدن نامزدی را موجه سازد، منحصر به این گونه امور نیست و کافی است احراز شود که علت آن در نظر عرف و اخلاق موجه است و هر انسان متعارف و معقولی ممکن است به آن دست زند.

---

۱. مرلن و تولیه، از نویسندگان قرن نوزدهم فرانسه، از این نظر پیروی کرده‌اند (نقل از پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش۸۱) - مرحوم دکتر امامی نیز، تعهد به نکاح را برطبق مادهٔ ۱۰ به همین ترتیب الزام‌آور دانسته است، ولی وعدهٔ نکاح را از تعهد بر آن متمایز می‌داند . در کامن‌لا، قرارداد نامزدی تابع سایر عقود بود و کسی که بدون دلیل موجه قانونی از آن سرپیچی می‌کرد باید خسارات ناشی از نقض عهد را جبران می‌کرد، ولی چون این مقررات وسیله‌ای بود که شخص به ازدواج ناخواسته مجبور شود، به موجب قانون ۱۹۷۰در انگلستان لغو شد .بنابراین، در حقوق کنونی انگلیس توافق دربارهٔ ازدواج آینده قرارداد الزام‌آور محسوب نمی‌شود و به عنوان نقض چنین پیمانی نمی‌توان ادعای خسارت کرد (بروملی، همان کتاب، ص ۱۶) در امریکا پاره‌ای از دادگاهها، برهم زدن نامزدی را به عنوان نقض عهد مبنای جبران خسارت دانسته‌اند، ولی عقیدهٔ عمومی آن را مسؤولیت مدنی می‌داند (پولسن، ص ۴۰).

۲. وعدهٔ نکاح قرارداد باطلی است. پس، مسؤولیت نامزد را نمی‌توان نتیجهٔ تخلف از این عقد دانست. ولی، چون بطلان وعدهٔ نکاح مانع از آن نیست که خطای یکی از نامزدها به عنوان «ضمان قهری» سبب ایجاد دین برای او شود، مدعی خسارت باید وجود خطا و ضرر و رابطهٔ علیت بین آن دو را اثبات کند و کسی که نامزدی را به هم زده است نیازی به اثبات موجه بودن کار خود ندارد.

برای اثبات بطلان وعدهٔ نکاح استدلال شده است که قانونگذار می‌خواهد که زن و شوهر هنگام عقد آزاد باشند و هیچ امری در تصمیم گرفتن آنان دخالت نکند. تأمین این آزادی مربوط به نظم عمومی است و هیچ قراردادی نمی‌تواند آن را از بین ببرد یا محدود سازد. وانگهی، انسان موضوع قراردادهای خصوصی قرار نمی‌گیرد. نکاح قابلیت داد وستد را ندارد و دربارهٔ آن نمی‌شود قرارداد بست.[1]

با همهٔ اعتباری که این نظر در میان استادان فرانسوی پیدا کرده است، پذیرفتن آن دشوار است و دلایلی که برای اثبات بطلان «وعدهٔ نکاح» آورده شده قانع کننده به نظر نمی‌رسد.

درست است که انسان نمی‌تواند موضوع داد و ستد قرار گیرد، ولی این مقدمه بطلان «وعدهٔ نکاح» را نمی‌رساند. هیچ کس در مشروع بودن نکاح تردید ندارد و آنچه طرفین در نامزدی به عهده می‌گیرند چیزی جز الزام به این امر مشروع نیست، پس چگونه ممکن است تعهد به نکاح را با «قابل داد و ستد نبودن انسان» مربوط ساخت؟

از سوی دیگر، همین اندازه که نامزدها می‌توانند این پیمان را برهم زنند، باید آنان را در تصمیم گرفتن آزاد دانست. در هیچ یک از قراردادها آزادی اراده بیش از این معنی ندارد. هیچ اراده‌ای به طور کامل آزاد نیست، زیرا شخص تابع گذشتهٔ خود و مقهور ضرورت‌های اجتماعی است. بنابراین، الزام نامزد پیمان شکن به جبران خسارت زیان دیده با آزادی نسبی او منافات ندارد. به ویژه، که این التزام را خود به وجود آورده و بر او تحمیل نشده است.[2]

۳. وعدهٔ نکاح عقدی است نافذ که هر یک از طرفین حق بر هم زدن آن را دارد. ولی، چون هیچ صاحب حقی نمی‌تواند آن را وسیلهٔ اضرار به دیگری سازد و بر خلاف هدف نهایی از ایجاد حق به کار ببرد، نامزدی که بدون علت موجه پیمان خود را برهم زند از حق خویش سوء استفاده کرده است و باید زیان‌های ناشی از آن را جبران سازد. نامزد حق دارد از نکاح منصرف شود، ولی نمی‌تواند این حق را وسیلهٔ استفادهٔ نامشروع یا راضی کردن هوس یا جبران

---

۱. پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۸۱ – کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۹۰۷ – دوپاژ، حقوق مدنی بلژیک، ج ۱، ش ۵۷۰ به بعد – ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۲۲۱ – کاربونیه، ج ۱، ص ۳۰۷ به بعد، یادنامه ریپر، ج ۱، ص ۲۳۹ و ۳۳۰ – دیوان کشور فرانسه، رأی ۳۰ مه ۱۸۳۸ : سیری ، ۱، ۴۲۹ .

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۷۲۵ .

بی‌احتیاطی و تردید خود سازد.[۱]

در این نظریه، مبنای الزام به جبران خسارت نامزد یکی از موارد اعمال نظریهٔ سوءاستعمال حق (Abus de droit) دانسته شده است و یادآوری قسمت اخیر مادهٔ ۱۰۳۵ در این که به «**صرف امتناع از وصلت نمی‌توان خسارتی مطالبه کرد**» مؤید این است که مطالبهٔ خسارت به لحاظ تسامح و بی قیدی انجام می‌گیرد نه بر هم زدن عقد. منتها، باید پذیرفت که سوء استفاده از حق در این حالت با قواعد عمومی تفاوت دارد و چهرهٔ خاصی از آن است.

نتیجه:

برای نتیجه‌گیری از این بحث، باید توجه داشت که در حقوق اروپایی، به دلیل سنتی که از رومیان باقی مانده است، مفهوم عقد و تعهد ملازم با هم تلقی شده است و در نظر بسیاری از نویسندگان عقد به توافقی گفته می‌شود که ایجاد دین کند و عقدی که تعهدی به وجود نمی‌آورد باطل است. این اشکال در حقوق ما وجود ندارد و نافذ بودن پیمان نامزدی با جواز آن منافات ندارد. پس، به سادگی می‌توان گفت که پیمان نامزدی عقدی است جایز و طرفین در فسخ یک طرفهٔ آن آزاد هستند.

تعهد نامزد به جبران خسارت ناشی از تخلف از اجرای وعده نیست، به خاطر تقصیر و اوضاع و احوالی است که با فسخ وعده همراه شده. انصراف از نامزدی کاری مجاز است، مگر این که در وضعی غیر متعارف و به منظور اضرار به دیگری انجام شود؛ چنان که مادهٔ ۱۰۳۵ ق.م. به صراحت تأکید می‌کند که: «**... طرف دیگر نمی‌تواند... از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبهٔ خسارتی کند...**» پس، باید مبنای جبران خسارت و مسؤولیت را در امر دیگر جستجو کرد. به همین جهت، مسؤولیت نامزد پیمان‌شکن ویژهٔ خسارات نامزد دیگر نیست و بر طبق قواعد عمومی ضمان قهری به آن رسیدگی می‌شود.

واکنش حقوقدانان و قوانین امریکایی در برابر دعاوی خسارت:

بیشتر حقوقدانان امریکایی از امکان مطالبهٔ خسارت بر مبنای بر هم خوردن نامزدی به شدت انتقاد می‌کنند. واکنش در برابر این گونه دعاوی به دادگاه‌ها نیز سرایت کرده و بارها دیده شده است که قضات، در عین حال که به اجبار رأی به جبران خسارت داده‌اند، وجود

---

۱. ژوسران، دورهٔ حقوق مدنی، ج ۱، ش ۷۴۲ - مازو، همان کتاب - دموگ نیز مسؤولیت را نوعی خاص و امری بین مسؤولیت قراردادی و قهری دانسته است: تعهدات به طور کلی، ج ۲، ش ۴۹۳- ابری و رو، ج ۷، به وسیلهٔ اسمن، ش ۳۴.

چنین قاعده‌ای را نکوهش کرده‌اند.[۱]

گفته شده است که دوران نامزدی برای آزمایش این نکته است که آیا طرفین می‌توانند با هم زندگی زناشویی را آغاز کنند یا بهتر است از تشکیل خانواده چشم بپوشند. پس، چگونه می‌توان کسی که این رابطهٔ موقت را بر هم زده است به جبران خسارت محکوم کرد؟

دامنهٔ این انتقادها چنان گسترده شد که در ۱۹۳۰ در شانزده ایالت و از جمله نیویورک قانونی به تصویب رسید که از بابت برهم زدن قرارداد ازدواج نمی‌توان مطالبه خسارت کرد. در برابر این قانون، ایراد شد که با قانون اساسی که مقرر می‌دارد«هرکس می‌تواند بابت جبران خساراتی که به او یا اموالش وارد شده است اقامهٔ دعوا کند» مخالف است. دادگاه‌های نیویورک ایراد را نپذیرفتند. ولی در ایالت ایلی‌نویز دادگاه عالی آن را مخالف قانون اساسی اعلام کرد. در نتیجه، قانون دیگری در ایلی نویز و تنسی دعاوی مربوط به جبران خسارت ناشی از برهم زدن نامزدی را محدود کرد.

به موجب این قانون، دعاوی جبران خسارت مشمول مرور زمان یک ساله است و مدعی فقط می‌تواند خسارت واقعی خود را بخواهد نه وجه التزامی را که طرفین توافق کرده‌اند. علاوه بر اینها، برای پذیرش دعوا، باید ظرف سه ماه از تاریخ نقض عهد یادداشتی برای طرف ارسال و در آن تمایل به ازدواج تذکر داده شود.

با وجود این، باید دانست که وجود این گونه قوانین، امکان اقامه دعوا برای جبران خسارت را به کلی از بین نمی‌برد. زیرا، به طور معمول، خواهان دعوا را بر مبنای مسؤولیت مدنی ناشی از فریب و خدعه طرح می‌کند و برای مثال دلایلی می‌آورد که خواهان از ابتدا قصد ازدواج با او را نداشته و صحنه‌سازی نامزدی تنها به منظور فریب او بوده است. به اضافه، این قوانین، از نظر تعارض قوانین بین ایالات دشواری‌های گوناگون به وجود آورده است.[۲]

۲. وضع هدایای نامزدی

امکان پس گرفتن عین هدایای نامزدی و مسؤولیت گیرندهٔ هدیه دربارهٔ اشیایی که به حکم عادت نگاهداشته می‌شود، وضع این گونه هدایا را دچار ابهام ساخته است. اگر نامزد مالک هدایا می‌شود، پس چرا گاه قانون او را مسؤول تلف مال قرار داده و تقصیر در نگهداری آن را ضمان آور دانسته است و، اگر نامزد مالک نیست، چه رابطهٔ حقوقی با هدیه دارد و چرا مصرف پاره‌ای از هدایا برای او هیچ مسؤولیتی به بار نمی‌آورد؟ چه قاعده‌ای سبب شده است

---

۱. رجوع شود به نظر writ.J نقل از پولسن Paulsen ، همان کتاب، ص ۴۳.

۲. کلارک، همان کتاب، ص ۲۲ .

که قانونگذار اموالی را که عادتاً نگاهداشته می‌شود از اشیاء مصرف شدنی ممتاز سازد؟ رابطهٔ برهم خوردن نامزدی و عقد هدیه را چگونه می‌توان تحلیل کرد؟[1]

برای پاسخ دادن به این پرسش‌ها راه حل‌های گوناگون پیشنهاد شده است؛

۱. پاره‌ای از استادان کوشیده‌اند تا از «نظریهٔ علت در قراردادها» محملی برای حکم مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸ قانون مدنی بیابند. می‌گویند، در مورد اموالی که عادتاً مصرف می‌شود، هدیه‌کننده آن را به طرف اباحه کرده و اجازهٔ تلف نیز داده است ولی، اشیایی که عادتاً نگاهداری می‌شود، در برابر زناشویی تملیک شده است. پس، هرگاه نامزدی به هم خورد، معلوم می‌شود که معامله علت نداشته است و باید مالی که هدیه شده و اکنون بدون علت در دست طرف باقی مانده است به صاحبش رد شود «.. و نسبت به بدل آنچه موجود نیست، از مثل یا قیمت، طرف مسؤول است، مگر این که بدون تقصیر او تلف شده باشد».[2]

نظریهٔ علت در قراردادها نمی‌تواند تفاوتی را که مادهٔ ۱۰۳۷ بین اموال مصرف شدنی و سایر هدایا گذارده است توجیه کند. به اضافه، این نظریه در حقوق ما، چنان که در حقوق فرانسه آمده است، قابل پذیرفتن نیست.[3]

پس، باید از راه تحلیل ارادهٔ طرفین آثار قرارداد را معین کرد:

به موجب مواد ۱۹۰ و ۲۱۷ ق.م.، جهت معامله اگر تصریح شود باید مشروع باشد. در هدیه‌ای که یکی از نامزدها به دیگری می‌دهد، جهت عقد زناشویی با اوست و در مشروع بودن آن تردید نباید کرد. بنابراین، اگر نامزدی به هم خورد، چگونه می‌توان ادعا کرد که عقد از ابتدا باطل می‌شود؟

۲. بعضی از نویسندگان عمل هدیه کننده را تملیک معلق می‌دانند. بر طبق این نظر، مالکیت گیرندهٔ هدیه «.. معلق است بر وقوع ازدواج، به همین جهت به محض این که معلوم شد عقد ازدواج واقع نمی‌شود هدایا را رد می‌کنند زیرا خود را مالک آن نمی‌دانند اگر این ایقاع معلق نباشد بلکه ایقاع منجز جائز باشد، می‌بایست بعد از بهم خوردن ازدواج زوج ایقاع را فسخ نموده و هدایا را مطالبه کند و تا وقتی که فسخ نکرده است هدایا در مالکیت زوجه باشد و حال آنکه عمل عرف و تفاهم آنها این نظر را رد می‌کنند...».[4]

---

۱. در مذهب حنفی، قواعد مربوط به هبه در هدایای نامزدی نیز اجرا می‌شود ولی احکام مذهب شافعی با قانون ما شباهت دارد (محمد ابوزهره، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، ص ۶۶).

۲. سیدحسن امامی، ج۴، ص ۲۷۵ - و از نویسندگان خارجی: هانری دوپاژ، حقوق مدنی بلژیک، ج ۱، ش ۵۷۴

۳. مارتی و رینو، حقوق مدنی فرانسه، ج ۱، ش ۳۹۸، ص ۵۵۱ و پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۸۷

۴. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۳۱۵ و قرائت و تمرین (۲۰)- همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۲۷ به بعد.

۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی، تاثیر اراده در حقوق مدنی، رسالهٔ دکتری، ش ۴۰۹ .

گذشته از این که هدیه را نمی‌توان در زمرهٔ ایقاعات آورد، معلق شمردن آن بر نکاح نیز با ارادهٔ طرفین و مفاد مادهٔ ۱۰۳۷ مخالف است. اگر به نظر نامزدها تملک مال هدیه شده منوط به وقوع ازدواج بود، پیش از آن تسلیم نمی‌شد. از تملیک معلق اباحهٔ در تصرف بر نمی‌آید، پس ناچار باید عمل حقوقی دیگری را ضمیمهٔ این تملیک ساخت، در حالی که آنان بیشتر از یک عمل حقوقی اراده نکرده‌اند. بنای نامزدی بر این است که گیرندهٔ هدیه پس از تسلیم مالک شود، ولی برهم خوردن نامزدی این عقد را منفسخ کند. بنابراین، آنچه به طور ضمنی معلق بر انحلال نامزدی شده انفساخ عقد هدیه است نه تملیک.

به اضافه، در مورد اموالی که عادتاً نگاهداری نمی‌شود، اگر هدیهٔ نامزد تلف شود، او بعد از به هم خوردن نامزدی نیز حق مطالبهٔ قیمت آن را ندارد، در صورتی که، اگر هدیه تملیک معلق باشد، بعد از این که معلوم شد شرط تعلیق انجام نمی‌شود، تصرف گیرندهٔ هدیه باید غاصبانه و نامشروع دانسته شود و در هر حال ضامن تلف آن به شمار رود. ولی، مادهٔ ۱۰۳۷ در این مورد تصرف او را مالکانه و مباح شمرده و، دربارهٔ اشیایی هم که عادتاً نگاهداری می‌شود، او را امین دانسته نه غاصب.

۳. گروهی از نویسندگان، با استفاده از مبانی حقوق روم، در هدیهٔ نامزدها این شرط ضمنی را پنهان می‌دانند که تملیک در صورت بر هم خوردن نامزدی خود به خود منحل شود: می‌گویند، هدیه کننده به این امید و فرض که به همسر آیندهٔ خود مالی را می‌بخشد آن را تقدیم می‌کند و طرف مقابل نیز به همین عنوان آن را می‌پذیرد: یعنی ارادهٔ ضمنی طرفین نامزدی را شرط انفساخ هدیه قرار می‌دهد.[۱]

این نظریه، با پاره‌ای اضافات تکمیل و در متن اصلی درس آمده است.

٤. بعض از فقیهان اثر این هدایا را اباحه می‌دانند نه تملیک.[۲] این نظر امکان رجوع شوهر به هدایای موجود را توجیه می‌کند، ولی لازمهٔ اعتقاد بدان این است که شوهر در صورت وقوع نکاح نیز بتواند، تا زمانی که عین هدیه موجود است، آن را پس بگیرد، در حالی که در مادهٔ ۱۰۳۷ ق.م. مطالبهٔ هدایا مشروط بر این است‌که وصلت منظور به هم بخورد و منتهی به زواج نشود.

استرداد هدایا در کامن‌لا و حقوق انگلیس و امریکا:

در کامن‌لا، قاعده این است که اگر نامزدی که پیمان را به هم زده است هدیه‌ای به نامزد خود داده باشد، نمی‌تواند استرداد آن را بخواهد. ولی در انگلیس مادهٔ ۳ قانون ۱۹۸۰ مقرر

---

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۷۲۶ - کاربونیه، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۹۲، ص ۳۰۶.
۲ محقق قمی، جامع الشتات، ص ۴۶۷.

داشته است که، هرگاه هدیه‌ای که نامزدی به طرف دیگر داده است به طور صریح یا ضمنی بر مبنای این شرط باشد که در صورت بر هم خوردن نامزدی مسترد شود، نمی‌توان به دلیل بر هم زدن نامزدی او را از حق باز پس گرفتن چنین هدیه‌ای محروم کرد.

برای مثال، هدایای مربوط به جشن تولد و عید بدون قید و شرط به ملکیت نامزد درمی‌آید و قابل پس گرفتن نیست، ولی هدایای مربوط به اثاث خانه که به طور معمول در کانون خانوادگی مورد استفاده قرار می‌گیرد مشروط است.

به عنوان قاعده گفته شده است که، اگر هدیه به عنوان همسر آینده داده شده باشد، این شرط ضمنی در آن وجود دارد که در صورت انحلال نامزدی باید باز گردانده شود. در قانون فرض شده است که حلقهٔ نامزدی بدون قید و شرط است ولی خلاف این فرض را می‌توان اثبات کرد.

برعکس، اموالی که اشخاص ثالث نیز به عنوان هدیهٔ نامزدی به آنان داده‌اند مشروط به وقوع نکاح است و، جز در مواردی که خلاف آن اثبات می‌شود، قابل استرداد است.[۱]

در حقوق امریکا، اگر تاریخ دادن هدیه پیش از توافق دربارهٔ نامزدی باشد، در هر حال قابل استرداد نیست. معدودی از محاکم، جز در مورد حلقهٔ نامزدی، در مورد هدایای دوران نامزدی نیز همین گونه داوری کرده‌اند. ولی، قاعده این است که اگر هدیه مشروط به وقوع ازدواج باشد باید در صورت انحلال باز گردانده شود و تمام اشکال در این است که در چه مواردی باید هدیه را مشروط تلقی کرد. برای حل این اشکال، غالب محاکم برای اینکه خود را پای‌بند به این تحقیق دشوار نسازند، اظهار نظر کرده‌اند که اگر هدیه‌ای بعد از نامزدی داده شود مشروط به نکاح است، مگر این که اوضاع و احوال قضیهٔ خلاف این فرض را ثابت کند. برای مثال، جواهری که در کریسمس یا شب تولد نامزد داده می‌شود ممکن است مطلق تلقی شود.

نکتهٔ دیگری که در آراء محاکم امریکا بدان تصریح شده این است که، استرداد هدایای نامزدی از طرف کسی که آن را بدون عذر موجه بر هم زده است امکان ندارد. زیرا، بر طبق قاعدهٔ کلی، هیچ کس حق ندارد از کار نابجا و نادرست خود سود ببرد. ولی، در مورد هدایایی که اشخاص ثالث به عنوان نامزد به آنان داده‌اند، قطع نظر از اینکه گیرندهٔ هدیه بی‌گناه یا خطاکار است، دعوای استرداد هدیه پذیرفته می‌شود.[۲]

بنابراین، در حقوق کنونی انگلستان و امریکا نیز وضع هدایای نامزدی با آنچه در حقوق ما گفته شد شباهت کامل دارد، و از تحلیلی که در متن درس گفته شد برای توجیه وضع حقوقی آنها استفاده می‌شود.

---

۱. بروملی، حقوق خانواده، ص. ۱۸

۲ کلارک، حقوق روابط خانوادگی، ص ۲۳-۲۲.

فصل دوم

انعقاد نکاح

۳۳. شرایط و موانع نکاح:

شرایط انعقاد نکاح را، به اعتبار چگونگی آثار آنها، می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

۱. اموری که وجود آنها برای درستی عقد ضرورت دارد و در زبان حقوقی ما «شرط» نامیده می‌شود.

۲. کیفیاتی که وجود آنها مانع از وقوع عقد است یا نبودنشان شرط درستی عقد است و با عنوان «موانع نکاح» مطالعه می‌شود.

یادآوری این نکته نیز لازم است که، چنان که در تعریف نکاح آمد، این عقد را نباید در زمرهٔ عقود تشریفاتی آورد. ولی، چون خودداری از ثبت نکاح جرم است و دوراندیشی نیز حکم می‌کند که زناشویی جنبهٔ رسمی بیابد، به طور معمول در دفتر رسمی ثبت می‌شود و مردم چنان به آن خو گرفته‌اند که تشریفات ثبت را لازمهٔ درستی نکاح می‌پندارند. بنابراین بی جا نیست اگر این شرایط صوری را در این فصل و ضمن مبحثی جداگانه بررسی کنیم:

مبحث اول: شرایط درستی نکاح

۳۴. کلیات:

با این که بیشتر آثار نکاح به وسیلهٔ قانون معین می‌شود و «زوجیت» رابطهٔ حقوقی خاصی است که اشخاص نمی‌توانند شرایط و نظام آن را بر هم زنند، باید پذیرفت که به هر حال نکاح عقد است و باید شرایط اساسی سایر عقود را داشته باشد.

منتها، چون هریک از این شرایط در نکاح خصوصیت‌های تازه‌ای یافته است و به سبب اهمیت اجتماعی ویژهٔ آن، قانون در چگونگی بیان ارادهٔ طرفین سختگیری کرده است، برای بیان این ویژگی‌ها، شرایط اساسی عقد نکاح به شیوهٔ مرسوم در سایر عقود مطالعه می‌شود.

گفتار نخست: قصد و رضای طرفین

۳۵. قصد و رضای باطنی:

زن وشوهر باید قاصد و راضی باشند. بنابراین، اگر عقد در حال مستی یا بیهوشی واقع شود، یا در اثر اشتباه مفاد قصد یکی از آنان با آنچه در خارج واقع شده است معارض باشد، نکاح به سبب «فقدان قصد» باطل است.

همچنین، هرگاه زن و مردی به واقع ارادهٔ زناشویی نداشته باشند و به منظور فرار از اجرای پاره‌ای مقررات یا به دست آوردن بعضی امتیازها به طور صوری ازدواج کنند، این نکاح اثری ندارد.[۱] اثبات صوری بودن نکاح ادعایی است که به دشواری می‌توان اثبات کرد، ولی هرگاه ثابت شود که گفته‌ها و نوشته‌های طرفین تصنعی بوده است، باید پذیرفت که عقدی به وجود نیامده است. زیرا، مبنای اصلی عقد ارادهٔ باطنی دو طرف آن است و الفاظ و نوشته‌های آنان تنها وسیلهٔ احراز این اراده است و به خودی

---

۱. با وجود این، پاره‌ای از فقیهان عامه عقد هازل را، به استناد حدیثی از پیامبر درست دانسته‌اند (ابن قدامه، المغنی، ج۷، ص۸۰ – محمد جواد مغنیه، فقه در پنج مذهب، ص ۲۹۹که صحت عقد هازل را به اتفاق چهار مذهب عامه نسبت می‌دهد.

خود اثر ندارد.[1]

اگر زن یا مرد در اثر تهدید طرف دیگر یا اشخاص خارجی مجبور به نکاح شده باشد، عقد نافذ نیست: یعنی شخص مکره می‌تواند پس از بر طرف شدن اجبار آن را تنفیذ یا رد کند؛ چنان که مادهٔ ۱۰۷۰ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «**رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال کره عقد را اجازه کند نافذ است**» مگر اینکه اکراه به درجه‌ای از شدت برسد که امکان تصمیم گرفتن را از مکره سلب کند.

برای مثال، اگر کسی دیگری را شکنجه دهد یا با استفاده از وسایل علمی به خواب مصنوعی ببرد و در این حال عبارتی دربارهٔ رضایت به نکاح به او تلقین کند، چنین عقدی باطل است و رضای بعدی مکره نیز آن را اصلاح نمی‌کند.

نکته‌ای را که باید یادآور شد این است که، نتایج ناگوار بر هم زدن نکاح و سرگردانی کودکانی که در اثر بطلان نکاح نامشروع محسوب می‌شوند، سبب شده است که نویسندگان حقوقی مواد مربوط به شرایط درستی نکاح را چنان تعبیر کنند که کمتر بتوان ازدواجی را ابطال کرد. قانونگذار نیز از این مصلحت غافل نبوده؛ چنان که در اثر اشتباه در زوجین خواهیم دید(ش ۵۳).[2]

۳۶. اعلام اراده:

در سایر قراردادها، دو طرف می‌توانند اراده خود را به طور صریح بیان کنند، یا

---

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۷۳۲ ، قرائت درس ۳۶، ص ۸۴ به بعد - رای دادگاه سن، ۷ ژانویه ۱۹۴۸ (دربارهٔ نکاح جوان فرانسوی با پیرزن آلمانی، به خاطر این که زن بتواند به منطقهٔ مورد تصرف امریکایی‌ها برود) و رأی دادگاه پاریس ۱۶ اکتبر ۱۹۵۸ (دربارهٔ ازدواج یک زن فراری لهستانی در فرانسه با مرد ایتالیایی، تنها به خاطر این که زن بتواند تابعیتی به دست آورد که مراجعت او را به لهستان ممکن سازد.)

۲. در حقوق فرانسه، در اینکه آیا اشتباه در اوصاف اصلی زوجین نیز در عقد مؤثر است یا تنها در موردی که در شخص همسر یا نام و خانوادهٔ او اشتباه شود اراده معلول است، اختلاف‌نظر وجود داشت و دادگاهها اشتباه نخست را از موارد بطلان عقد نمی‌دانستند .ولی، در قانون مدنی سویس (مادهٔ ۱۳۳۳) و آلمان (مادهٔ ۱۲۴) و قانون ۱۹۷۵ فرانسه اشتباه در اوصاف اصلی مربوط به شخصیت را در عقد مؤثر دانسته‌اند. قانون قدیم مدنی ایتالیا، مانند قانون فرانسه، تنها اشتباه در شخص را مبطل عقد می‌داند و رویهٔ قضایی اشتباه در تابعیت همسر را بر آن افزوده است (پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۱۰۱ به بعد.)

اعمالی انجام دهند که از آنها به طور ضمنی قصد و رضایتشان احراز شود. ولی، در نکاح، قانونگذار این قاعده را رعایت نکرده است و در مادهٔ ۱۰۶۲ مقرر می‌دارد: **«نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید».**[1] بنابراین، زن و مرد باید، به قصد انجام نکاح و به وسیله‌ای که در عرف برای بیان اراده به کار می‌رود، قصد و رضای خویش را اعلام دارند.

علاوه بر این، در اثر نفوذ سنت‌های مذهبی و ملی، در مواردی که نکاح در شرایط عادی انجام می‌شود، عقد همراه با اعلان به خویشان و دوستان و حضور دو مرد روحانی به عنوان وکیل طرفین واقع می‌شود، و خواهیم دید که ثبت نکاح نیز به موجب قانون اجباری است.[2]

از لزوم صریح بودن ایجاب و قبول نباید نتیجه گرفت که عقد نکاح تشریفاتی است و تنها با الفاظ خاص منعقد می‌شود، زیرا الفاظ فقط وسیلهٔ بیان اراده است و به خودی خود تأثیری در وقوع و نفوذ عقد ندارد. در قانون مدنی نیز، نه تنها لفظ خاص در نکاح شرط نیست، دو طرف می‌توانند به وسیلهٔ نوشته بیان اراده کنند و حتی مادهٔ ۱۰۶۶ اجازه داده است که: **«هرگاه یکی از متعاقدین یا هر دو لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع شود، مشروط بر این که به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».**

برای اینکه ارادهٔ دو طرف در نظر عرف مربوط به هم باشد و فاصلهٔ بین ایجاب و قبول امکان توافق واقعی زوجین را بر هم نزند، قانونگذار در مادهٔ ۱۰۶۵ تصریح کرده است که: **«توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است».** یعنی قبول باید در زمانی گفته شود که عرف آن را متوالی و مربوط به ایجاب بداند. بعضی گفته‌اند، توالی بین

---

۱. لزوم گفتن لفظ برای ایجاب و قبول به اجماع فقیهان اسلامی، اعم از خاصه و عامه، نسبت داده شده است : شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۲۳، ص ۱۵۶ . بنابراین، معاطات در نکاح برای بیان اراده امکان ندارد.

۲. در فقه عامه،، حضور دو شاهد برای صحت نکاح یا نفوذ آن شرط است و برای اثبات لزوم این شرط به دو حدیث نبوی «اعلنوا النکاح و لو بالدف» و «لا نکاح الا بشهود» و گفتهٔ ابابکر «لا یجوز نکاح السر، حتی یعلن و یشهد علیه» استناد می‌شود: محمد ابوزهره، همان کتاب، ش ۸۵ – شیخ احمد مالکی، بلغةالسالک، ج۱، ص ۳۷۵ – ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۸ ، ش ۵۰۷۶ – ولی، در فقه امامیه و قانون مدنی حضور شهود ضرورت ندارد و اعلان نکاح و اشهاد بر آن مستحب است :سید مرتضی، انتصار، ص ۶۶ – علامهٔ حلی، تحریرالاحکام، ج ۲، ص ۳. نراقی، مستند، ج ۲، ص ۴۶۶– شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناضرة، ج ۲۳ ، ص ۳۳ ، که در آن پس از اشاره به نظر مشهور در فقه امامیه دربارهٔ استحباب اعلان و اشهاد، می‌افزاید: «... و انه سنة مؤکده.»

ایجاب و قبول در صورتی محقق می‌شود که قبول در مجلس عقد و پیش از جدایی طرفین یا اشتغال آنان به کار دیگر گرفته شود، زیرا مجلس عقد در حکم جریان آن است. ولی، پس از جدایی دو طرف عقد ایجاب باطل می‌شود.[1] این نظر، در بسیاری موارد با دید عرف سازگار است.

دلیل لزوم توالی بین ایجاب و قبول را باید در قواعد عمومی قراردادها مطالعه کرد،[2] زیرا این حکم ویژهٔ نکاح نیست و در تمام قراردادها قبول باید در زمانی گفته شود که ایجاب هنوز به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد.

بعض از فقیهان اتحاد مجلس ایجاب و قبول را نیز از شرایط درستی عقد شمرده‌اند.[3] بر طبق این نظر، هرگاه طرف قبول در مجلس ایجاب حاضر نباشد و با آگاه شدن از ایجاب آن را بپذیرد، نکاح واقع نمی‌شود. ولی، این نظر نه تنها در قانون مدنی محملی ندارد، در فقه نیز مورد انتقاد قرار گرفته است[4]. احتمال دارد که دوری محل و اشکال مربوط به ابلاغ ایجاب و قبول توالی عرفی آن دو را از بین ببرد و از این حیث مانع انعقاد نکاح شود، ولی نمی‌توان ادعا کرد که عقد بین غایبان واقع نمی‌شود، چنان که هرگاه زن وشوهری به وسیلهٔ تلفن ارادهٔ خود را به هم اعلام کند، تردید در درستی عقد روا نیست.

۳۷. وکالت در نکاح :

ضرورت ندارد که اعلام اراده به وسیلهٔ شخص زوجین اعلام شود. برخلاف آنچه پاره‌ای از قوانین اروپایی مقرر داشته‌اند، در حقوق ما نکاح ممکن است به وسیلهٔ وکیل واقع شود؛ چنان که در مادهٔ ۱۰۷۱ قانون مدنی آمده است: **«هریک از مرد و زن می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد»**. منتها، قانونگذار ما نیز از حفظ حقوق موکل غافل نمانده است و برای جلوگیری از سوءاستفادهٔ وکیل تضمین‌های گوناگون اندیشیده

---

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۸۰، ش ۵۲۲۹.

۲. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۱۷۳.

۳. علامهٔ حلی، تحریر، ج ۲، ص ۵ – قواعد، کتاب نکاح – محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۲، ص ۳۰۱.

۴. سید محمد کاظم طباطبایی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۸۳ – شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۳ – از ابوحنیفه نقل شده است که هرگاه دو طرف عقد در یک مکان نباشند، عقد با مکاتبه صحیح است: محمد جواد مغنیه، فقه در پنج مذهب، ص ۲۹۵.

است از جمله این که :

۱. «در صورتی که وکالت به طور اطلاق (بی قید وشرط) داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند، مگر این که این اذن صریحاً به او داده شده باشد» (مادهٔ ۱۰۷۲ ق.م.)[۱] . ولی، در اختیار وکیل نسبت به وکالت عام تردید وجود دارد[۲] و به نظر می‌رسد که مقصود نویسندگان قانون مدنی لزوم تصریح به نیابت وکیل در تزویج برای خود باشد.

۲. «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند، صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود».

۳. همچنین است وقتی که «وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد» (مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷٤ ق.م.)[۳] .

باید افزود که وکیل نیز برای انعقاد نکاح باید اهلیت داشته باشد و بنابراین نکاحی که به وسیلهٔ کودک یا دیوانه واقع شود باطل است. مست نیز در حکم دیوانه است، چرا که نمی‌تواند به درستی اراده کند.[٤]

۳۸. نکاح فضولی:

قانون مدنی نکاح فضولی را نیز تابع قواعد معاملات فضولی قرار داده و آن را نافذ دانسته است نه باطل.[۵] بنابراین، کسی که فضول برای او نکاح کرده است حق دارد آن را بپذیرد یا رد کند. ولی، این پرسش به میان می‌آید که پیش از قبول یا رد اصیل طرف دیگر عقد پای‌بند به آن است یا او هم می‌تواند، به این استناد که عقد هنوز تمام نشده است، پیمان خود را بر هم زند؟

برای مثال، فرض کنیم پدری بدون داشتن وکالت یا خارج از حدود نمایندگی برای

---

۱. محقق، نافع، کتاب نکاح - فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۳۳ – علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح.

۲. شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۲۳، ص۲۵۱. برای دیدن تفصیل مطلب در قراردادها، رک :قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۳۵ به بعد؛ عقود معین، ج ۳، ش ۱۰۸ به بعد.

۳. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح – مختلف، ص ۳۳۵ به بعد - سبزواری، کفایه، ص ۱۵۶ – نراقی، مستند، ص ۴۸۹.

۴. شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۲۳ ، ص ۱۷۲ به بعد.

۵. همان کتاب، ص ۲۵۷.

پسر خود زن بگیرد. پسر آزاد است که این نکاح را بپذیرد یا رد کند، ولی آیا زن نیز پیش از اعلام ارادهٔ شوهر حق بر هم زدن نکاح را دارد یا ملزم به آن است؟

پاره‌ای از استادان زن را در برهم زدن نکاح مجاز شمرده‌اند. دلیل گفتهٔ ایشان این است که «هنوز نکاحی منعقد نشده و تعهدی به وجود نیامده و تعهد یک طرفهٔ زن به تنهایی کافی برای ایجاد رابطهٔ نمی‌باشد».[1]

مبنای این بحث را باید در قواعد عمومی قراردادها روشن کرد. در آن کلیات است که باید دید آیا ایجاب، اگر به طور صریح یا ضمنی همراه با التزام به نگهداری آن باشد، الزام‌آور است یا نه؟ ولی، به طور خلاصه می‌توان گفت در حقوق ما هیچ مانعی وجود ندارد که شخص در جریان وقوع عقد بتواند به طور مستقل خود را ملتزم سازد.[2]

به طور معمول، هدف از ایجاب فراهم آوردن زمینهٔ ایجاد تعهد است و مقصود گوینده این نیست که پیش از قبول طرف دینی برای او به وجود آید؛ به همین جهت هم اصولاً التزامی در نگهداری آن پیدا نمی‌کند. لیکن، در عقد فضولی، طرف عقد می‌خواهد که توافق او و فضول کامل باشد و نیازی به رضای اصیل پیدا نشود. عقد از لحاظ او کامل است و دینی را که به وجود آورده است نمی‌تواند آزادانه از بین ببرد.[3]

از ظاهر مادهٔ ۲۵۲ قانون مدنی نیز همین معنی بر می‌آید. مطابق این ماده: «**لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد و، اگر تأخیر موجب تضرر اصیل باشد، مشارالیه می‌تواند معامله را به هم بزند**». در حالی که، اگر طرف اصیل پیش از اجازه در به هم زدن عقد آزاد بود، آوردن قید «اگر تأخیر موجب تضرر اصیل باشد» معنی نداشت. بنابراین، در مثالی که گفته شد، زن در حکم کسی است که شوهر دارد وپیش از رد طرف حق ندارد شوهر دیگری اختیار کند.[4]

---

۱. سید حسن امامی، ج ۴، ص ۳۵۸–۳۵۷.

۲. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ سیزدهم، ش ۲۶۵ - همین دوره، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۷۹.

۳. میرزا نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیة الطالب، ج ۱، ص ۲۴۷ - حاج میرزا حبیب الله رشتی نیز امکان رجوع از ایجاب پیش از قبول را از نظر قواعد ممنوع دانسته است (اجاره، ص ۱۹۰).

۴. از پیروان این نظر در نکاح باید مرحوم نراقی را نام برد که در مستند می‌نویسد: «النکاح اذا کان فضولیاً من طرف واحد و بالمباشرة لنفسه او لموکله او لمن یلی امره من طرف الاخر یُلزم من ذلک الطرف و لا خیار له لما مر فی الاخبارالمتکثرة» و همین نویسنده از قواعد علامه و فاضل هندی در شرح آن نقل می‌کند که از جانب ←

باید افزود که مشهور در فقه سکوت بکر را دلیل رضای او به عقد نکاح دانسته‌اند و زواجی را که دختر در آن سکوت می‌کند، در زمرهٔ عقود فضولی نیاورده‌اند، خواه سکوت در برابر اعلام نمایندگی از سوی او باشد یا اقدام پدر.[1]

۳۹. بطلان نکاح معلق:

بر طبق قواعد عمومی، عقد ممکن است به صورت معلق یا منجز واقع بشود. ولی در نکاح، برای این که دو طرف در تشکیل خانواده جازم باشند، قانونگذار تعلیق را از علل بطلان نکاح قرار داده است و در مادهٔ ۱۰۶۸ مقرر می‌دارد: «**تعلیق در عقد موجب بطلان است**». بنابراین، اگر کسی به شرط قبول شدن در امتحان یا سود بردن در تجارت با دیگری ازدواج کند، این نکاح به حکم مادهٔ ۱۰۶۸ باطل است.

تعلیق در صورتی موجب بطلان نکاح است که ناظر به ایجاد رابطهٔ زوجیت باشد، وگرنه تعلیق در مهر تابع شرایط عمومی سایر قراردادها است. تعلیق در رابطهٔ زوجیت نیز در موردی سبب بطلان عقد می‌شود که شرط تعلیق از امور خارجی باشد. پس، اگر نکاح معلق به وجود یکی از شرایط درستی آن باشد، چنان که مرد بگوید با تو ازدواج می‌کنم به شرط این که در عدهٔ مرد دیگر نباشی، درست است.

گفتار دوم: اهلیت طرفین

الف - قابلیت جسمی و بلوغ

۴۰. اختلاف جنس:

گفته شد که حمایت از کودکان و پای‌بند ساختن مرد و زن به خانواده هدف اصلی نکاح است. بنابراین، زناشویی تنها به پیمان مرد و زن گفته می‌شود و این ناموس طبیعی

←کسی که عقد لازم است مصاهرت نیز ممنوع است و او از حیث منع در نکاح مانند کسی است که به عقد صحیح ازدواج کرده باشد. پس، اگر نکاح بر مرد لازم باشد، نمی‌تواند با خواهر زنی که عقد از طرف او غیر نافذ است ازدواج کند - مرحوم نائینی نیز در حاشیه برعروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۹۸، همین نظر را دارد.

۱. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ش۳۳ به بعد - و در فقه عامه ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۴۴.

را همهٔ اقوام پذیرفته‌اند. قانون مدنی به اندازه‌ای این شرط را بدیهی می‌دانسته که نامی از آن نبرده است، ولی لزوم اختلاف جنس از بسیاری مواد به روشنی استنباط می‌شود:

دو طرف عقد نکاح بارها در قانون مدنی «زن و مرد» گفته شده‌اند. چنان که در مادهٔ ۱۰۳۵ آمده است: «... **بنابراین، هر یک از زن و مرد، مادام که عقد نکاح جاری نشده، می‌توانند امتناع از وصلت کنند...**» یا در مادهٔ ۱۰۳٦ مقرر شده: «**ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود...**». یا در مادهٔ ۱۰۷۱: : «**هر یک از مرد و زن می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد**». و گاه نیز به آنان «زن وشوهر» خطاب شده است (مواد ۱۱۸۵ و ۱۱۰۳ و ۱۱۰٦ و ۱۱۱٤ به بعد).

بنابراین، دو مرد یا دو زن نمی‌توانند با هم ازدواج کنند و خنثی مشکل (یعنی کسی که به درستی جنس او تشخیص داده نمی‌شود) نمی‌تواند همسر انتخاب کند. منتها، باید دانست که ناتوانی جنسی یا نداشتن آلت تناسلی، اعم از این که به طور طبیعی یا در اثر حادثه‌ای باشد، مانع از نکاح نیست. این‌گونه عیوب به زن حق فسخ نکاح را می‌دهد، ولی از اسباب بطلان زواج به شمار نمی‌آید.

٤۱. بلوغ؛ سن قانونی برای ازدواج:

نویسندگان قانون مدنی، چون نمی‌خواسته‌اند که از عقاید مشهور در فقه تجاوز کنند و در عین حال نیز مایل به پذیرفتن آن نبوده‌اند، سن بلوغ را زیر عنوان «قابلیت صحی برای ازدواج» بیان کرده‌اند (مواد ۱۰٤۱ به بعد قانون مدنی). هر چند که در این مورد خاص بلوغ قانونی رابطهٔ خود را با رشد جسمی حفظ کرده است، از مفاد مواد ۱۰٤۱ به بعد به خوبی بر می‌آید که منظور تعیین سن بلوغ برای ازدواج بوده است. در اصلاح سال ٦۱، سن بلوغ در مادهٔ۱۰٤۱ نیامد و در آن فقط اعلام شد که نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. ولی، تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۲۱۰ سن بلوغ را برای همهٔ اعمال حقوقی و از جمله نکاح معین کرد. قانون حمایت خانواده نیز تجربهٔ دیگری در این زمینه بود. اهمیت اجتماعی این بحث ایجاب می‌کند که چهرهٔ تاریخی و اجتماعی آن جداگانه مطرح شود:

۴۲. بحث تاریخی:

سن بلوغ برای نکاح، از آغاز تدوین قانون مدنی تاکنون دستخوش تحولات گوناگونی شده است که ملاحظهٔ سیر تاریخی و افراط و تفریط‌هایی که در این زمینه شده عبرت‌انگیز است:

۱. مادهٔ ۱۰۴۱ ق.م. در این باره مقرر کرده بود: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع‌ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند، با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

مصلحتی که قانون به آن اشاره می‌کرد، اعم از مصلحت جسمی یا مالی و معنوی بود: برای مثال، اگر برای درمان بیماری یا رهایی از فساد اخلاقی یا محیط نامناسب خانوادگی یا فقر مالی ازدواج صغیر لازم بود، دادستان شهرستان می‌توانست، با کسب نظر پزشک قانونی، این معافیت را از رئیس دادگاه شهرستان تقاضا کند. ولی، از آن جا که نکاح دختر کمتر از ۱۵ سال در عادات و رسوم و مذهب ما مجاز شناخته شده بود، رویهٔ قضایی براین روال بود که هرگاه صغیر از نظر استعداد جسمی مانعی برای نکاح نداشت، مقامات قانونی از معاف کردن او دریغ نمی‌کردند و به مصالح دیگر توجه نداشتند.

دنبال کردن این رویه سبب شده بود که ازدواج بین دختران و پسران جوان و نابالغ فزونی یابد. در پاره‌ای از طلاق‌ها نیز چنین عنوان می‌شد، که چون همسران جوان تجربهٔ کافی برای انتخاب شریک زندگی و ادارهٔ خانواده نداشته‌اند، پیوندشان به جدایی کشیده است.

۲. انتقادهایی که از زواج نوجوانان می‌شد، قانونگذار را برانگیخت تا در مادهٔ ۲۳ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳) چنین اعلام کند: «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام ممنوع است. مع‌ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند استثنائاً در مورد زنی که سن او از پانزده سال تمام کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد، به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود. زن یا مردی که، بر خلاف مقررات این ماده، با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاوجت کند،

حسب مورد به مجازات‌های مقرر در مادهٔ ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱٦ محکوم خواهد شد».

با این ترتیب، سن قانونی ازدواج برای دختر همان سن رشد و برای پسر دو سال بیشتر معین شد؛ کاری که مانند آن در هیچ نظام حقوقی دیگر نمی‌توان دید.[1]

در انتقاد از این افراط در نوگرایی گفته شد که: «هیچ کس این حقیقت را انکار نمی‌کند که زن و مرد هر چه عاقل‌تر و با تجربه‌تر باشند خانواده بهتر اداره می‌شود و کودکان متولد در چنین خانواده‌ای محیط مساعدتری می‌یابند. ولی، این نکته را نباید از نظر دور داشت که مسائل اجتماعی چنان به هم ارتباط دارد که هیچ دارویی را نباید، بدون توجه به تمام آثار فرعی و دور و نزدیک آن، برای درمان دردی تجویز کرد. اصلاح مادهٔ ۱۰٤۱ قانون مدنی بیش و کم در رفع معایب زواج‌های ناپخته و نسنجیده مؤثر است. ولی جامعه را با دشواری بزرگ‌تری روبه‌رو می‌سازد که به مراتب خطرناک‌تر از اولی است.

دشواری یاد شده در این سؤال خلاصه می‌شود که با منع ازدواج دختران و پسران جوان، جامعه برای مهار کردن نیازهای جسمی و مادی اینان چه تمهیدی اندیشیده است؟ آیا غرایز سرکش این جوانان در فاصلهٔ بین سن بلوغ و سن قانونی ازدواج نیازی به اداره کردن ندارد؟ و اگر قالب ازدواج برای آن مناسب نیست، چه نهادی برای جانشینی آن پیشنهاد می‌شود؟ روبه رو شدن با چنین سؤال‌هایی است که خردمندان بیشتر کشورها را بر آن داشته است تا سن ازدواج را پایین‌تر از سن رشد قرار دهند.

از همهٔ اینها گذشته، آیا قانون جدید که بیشتر با زندگی شهری و صنعتی تناسب دارد می‌تواند در روستاها نیز به درستی اجرا شود و مفسده‌ای به بار نیاورد؟ آینده به این پرسش‌ها پاسخ قاطع می‌دهد، ولی از هم اکنون می‌توان پیش‌بینی کرد که اجرای قانون جدید با دشواری‌های گوناگون روبه‌رو است».[2]

۳. در اصلاح سال ٦۱ آن افراط قانونگذار واکنشی سخت به بار آورد. مادهٔ ۱۰٤۱ ق.م. بدین عبارت اصلاح شد: «**نکاح قبل از بلوغ ممنوع است**». این ماده به خودی خود

---

۱. به موجب قانون مصوب ۱۹۴۹ در انگلستان که هنوز هم اعتبار دارد، سن ازدواج برای پسر و دختر ۱۷ سال تمام است (بروملی، همان کتاب، ص ۳۰ و ۳۱).

۲. چاپ نخست همین کتاب.

عیب مهمی ندارد. زیرا، در کشور ما، به طور معمول دختران در ۱۳ سالگی و پسران در ۱۵ سالگی بالغ می‌شوند. ولی، تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۲۱۰ اصلاحی سنی را برای بلوغ دختران معین می‌کند که با واقعیت طبیعی در اقلیم ما سازگار نیست. به موجب این تبصره: **«سن بلوغ در پسر پانزده سال قمری و در دختر نه سال قمری است»** یعنی، بر مبنای این قوانین، دختری که هنوز چند ماهی از نه سال شمسی کم دارد، اهلیت نکاح دارد و صلاحیت مادر شدن را پیدا می‌کند.

این حکم از نظر مشهور در فقه امامیه پیروی کرده است: در فقه اسلام، نسبت به سن بلوغ اتفاق نظر وجود ندارد: ابوحنیفه ۱۸ سالگی را برای پسر و ۱۷ سالگی را برای دختر پذیرفته است و سایر مذاهب ۱۵ سالگی را برای هر دو انتخاب کرده‌اند[۱]. در فقه امامیه، به نظر مشهور نه سالگی سن بلوغ دختر است و یکی دو تن از فقیهانی که در پاره‌ای از کتاب‌های خود ده سالگی را سن بلوغ دانسته‌اند[۲]، در سایر مباحث به مشهور پیوسته‌اند.

به همین جهت، بعض از بزرگان ادعا کرده‌اند که این نظر در فقه امامیه استقرار یافته است.[۳] مستند اصلی نظر مشهور اخبار رسیده از معصوم است. با وجود این، اخباری نیز نقل شده است که سن بلوغ در دختر را سیزده سال معین می‌کند.[۴]

یکی از راه‌های جمع بین اخبار این است که گفته شود، آنچه به کودک اهلیت و صلاحیت می‌بخشد، انقلاب جسمی و روانی است و سن یکی از اماره‌های وقوع چنین

---

۱. نقل از : علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۷۴ - ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۳۴۶ - محمصانی، قوانین فقه اسلامی، ج ۲، ص ۱۱۱ - شرح الیاس، ج ۲، ص ۲۱۸ (در این کتاب، شرط حقیقی بلوغ را انزال می‌داند و سن را اماره بر وجود این انقلاب جسمی می‌بیند) - محمد جواد مغنیه، فقه در مذاهب پنجگانه،ص ۳۰۰ (در کتاب، به مالک نسبت داده شده که ۱۷ سالگی را سن بلوغ برای پسر و دختر می‌داند) - فاضل مقداد، کنزالعرفان فی فقه القرآن، ج ۲، ص ۱۰۲.

۲. شیخ طوسی، مبسوط، ج ۱، ص ۲۶۶ - ابن حمزه، وسیله (نقل از: جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۳۸).

۳. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۳۸.

۴. موثق عمار، نقل از : شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناضره، ج ۲۰، ص ۳۴۹ (صاحب حدائق دربارهٔ مفاد خبر می‌نویسد: و هو غیر معمول علیه، بدون اینکه در صحت انتساب آن به معصوم تردید کند) - محمدمحسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۱، ص ۱۴ (فیض کاشانی، جمع بین اخبار را بدین می‌داند که سن بلوغ بر حسب انواع تکالیف تغییر کند، چنان که خبر مورد نظر او در باب صیام آمده است) - عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۲۴۰-۲۴۱.

انقلابی است که در زبان عرف و حقوق «بلوغ» نامیده می‌شود. مفاد پاره‌ای اخبار[۱] و آیهٔ ٤ از سورهٔ نساء (حتی اذا بلغوا النکاح) و آیهٔ ۵۹ از سورهٔ نور نیز این نکته را تأیید می‌کند که «بلوغ» با قابلیت جسمی برای زناشویی تحقق می‌یابد و نشانه‌هایی که در اخبار آمده و فقیهان به آن تصریح کرده‌اند، اماره و راه وصول و کشف این واقعیت است.

اگر این تعبیر پذیرفته شود، تعیین سن بلوغ بایستی بر مبنای غلبه و با توجه به وضع جسمی و آب و هوا و سایر شرایط اقلیمی محیط بر هر قوم معین شود و جنبهٔ قاعده برای همهٔ اقوام و دوره‌های تاریخی پیدا نمی‌کند. پس، جای شگفتی نیست که مفاد اخبار یکسان نباشد و مسلمانان جهان دربارهٔ سن بلوغ تا این اندازه اختلاف داشته باشند. بی‌گمان، سن بلوغ برای مردمی که در منطقه‌های گرمسیر و اطراف خط استوا زندگی می‌کنند با اقوامی که در منطقه‌های سرد و نزدیک به دو قطب زمین به سر می‌برند یکسان نیست. احتمال دارد دختر نه ساله در عربستان دختری رسیده باشد و بتواند شوهر کند، در حالی که دختر نه ساله در اسکاندیناوی به واقع کودک است. زمان نشو و نما نیز در احراز بلوغ اثر دارد. زیرا، شیوهٔ زندگی و طرز تغذیه و اضطراب‌ها و عوامل محرک محیط می‌تواند بلوغ کودکان را به تأخیر اندازد یا تسریع کند. در نتیجه، احتمال دارد که سن بلوغ ظرف چند قرن تغییر محسوس یابد. بنابراین، واقع‌بینی ایجاب می‌کند که این سن اماره‌ای تغییرپذیر باشد نه قاعده‌ای ثابت.

نویسندگان متن اصلی قانون مدنی چنین می‌اندیشیده‌اند. به همین جهت، با وجود اهتمامی که در رعایت احکام شرع و به ویژه فقه امامیه داشتند، مادهٔ ۱۰٤۱ را زیر عنوان «قابلیت صحی برای ازدواج» نهادند و سن بلوغ را در آن اماره‌ای تغییرپذیر شمردند و حداقل آن را سیزده سالگی قرار دادند. برعکس، اصلاح کنندگان سال ٦۱ چنین پنداشتند که سن تعیین شده در فقه قاعده‌ای است موضوعی و ثابت. پس، بدون توجه به وضع جامعه کنونی، نظر مشهور فقیهان را در تبصره ۱ مادهٔ ۱۲۱۰ در زمرهٔ احکام آوردند.

---

۱. در روایت عبدالله بن سنان از ابی عبدالله (ع) درباره سن بلوغ می‌خوانیم: «و اذا بلغت الجاریه تسع سنین فکذلک، و ذلک لانها تحیض لتسع سنین» (نقل از : حدائق، ج ۲۰، ص ۳۴۹) و روایت علی بن جعفر از برادر خود امام موسی کاظم(ع)، که در آن احتلام مناط وجوب نماز قرار داده شده است و نشان می‌دهد که سن اماره است (همان کتاب، ص ۳۴۵).

در فرانسه، پیش از انقلاب کبیر و تدوین قانون مدنی، حداقل سن ازدواج برای دختران ۱۲ سال و برای پسران ۱٤ سال بود. این قاعده ریشهٔ رومی داشت و در حقوق قدیم انگلیس نیز پذیرفته شده بود و بنای آن بلوغ جسمی نوجوانان عنوان می‌شد و به همین جهت چنین نکاحی را ترتیب می‌دادند و بدون اذن پدر و مادر نیز ازدواج پیش از ۱۲ سالگی ممنوع بود.[۱]

٤۳. بحث اجتماعی و سیاست قانونگذاری:

در تعیین سن بلوغ برای زناشویی، دو مصلحت گوناگون و متعارض با هم رو به رو است :

یکی از دشواری‌های اجتماعی این است که چگونه تمایل جنسی و طبیعی زن و مرد در نظارت و ادارهٔ قوانین قرار گیرد و در نهادی حقوقی و اخلاقی هدایت شود. این ضرورت از زمانی آغاز می‌گردد که دختر و پسر تمایل جنسی را در خود احساس می‌کنند و از نظر جسمی آمادهٔ آمیزش با جنس مخالف می‌شوند. بی گمان موانع اقتصادی و اخلاقی چند زمانی جدایی پسر و دختر را ایجاب می‌کند و تقوا را برای آنان ضروری می‌سازد. ولی، هرگاه این زمان به درازا کشد، رفته‌رفته پرده‌های شرم و عفاف دریده می‌شود و غریزه آن دو را به سوی هم می‌راند. پس، اگر نتوانند به طور رسمی و مشروع زناشویی کنند، یا به سرکشی دست می‌زنند و مرزهای اخلاقی و سنتی را در هم می‌ریزند، یا دچار بیماری و افسردگی می‌شوند. جنگ الزام‌های اجتماعی و نیازها آغاز می‌شود و فساد و فتنه بر می‌خیزد.

بنابراین، سیاست قانونگذاری باید چنان باشد که هر چه زودتر امکان زناشویی برای نوجوانان فراهم آید یا دست کم آن را ممنوع نسازد و سن بلوغ برای نکاح را بیهوده بالا نبرد.

۲. از سوی دیگر، هدف قوانین در نظارت و ادارهٔ زناشویی، تشکیل خانواده و حفظ سلامت و تربیت فرزندان ناشی از این پیوند است. نهاد خانواده و پیوند میان زن و مرد با عقد نکاح آغاز می‌شود که نیاز به شعور و ارادهٔ سالم دارد. نوجوان باید معنی زناشویی و مسؤولیت‌های ناشی از آن را تمیز دهد و توانایی جسمی و روانی آوردن و

---

۱. هوگت (Hoggett) و دیوید پرل(Pearl)، حقوق خانواده و جامعه، لندن ۱۹۸۷، ش ۸، ص ۲۵.

پروردن فرزند را داشته باشد. پس، گذشته از بلوغ، زناشویی به تجربه و رشد عقلی نیز نیاز دارد.

وانگهی، ادعا شده است که فرزندان پدر و مادر خیلی جوان از نظر قوای عقلی و هوشی ضعیف می‌شوند.[1] اگر این گفته، از نظر زیست‌شناسی و توارث مورد تردید باشد، بی‌گمان از جهت تربیتی و پرورشی انکارناپذیر است و شیطنت‌ها و بازیگوشی‌های کودکانه مانع از پرداختن به فرزند و فداکاری برای او است. به طور خلاصه، به استقلال زیستن سن و تجربه می‌خواهد و داشتن تمایل جنسی یا آمادگی جسمی برای همخوابه شدن کافی برای تشکیل خانواده نیست.

از اینها گذشته، زناشویی زودرس جوانان با پاره‌ای از سیاست‌های اجتماعی دولت سازگار نیست. برای مثال، در هر جامعه امروز حداقلی از تحصیل اجباری است وشش سال ابتدایی کمترین مقدار آن است. یکی از موانع اجرای این سیاست نهادن بار ادارهٔ خانواده بر دوش نوجوان است. زیرا، آلوده شدن به مسائل خانوادگی و بچه‌داری امکان و فراغت لازم برای تحصیل را از بین می‌برد و آن را دشوار می‌سازد. ذوق و نیروی جوانی به سوی دیگر هدایت می‌شود و دانش‌اندوزی به گروهی اندک اختصاص می‌یابد. به ویژه، دخترانی که در سنین نیمه کودکی ازدواج می‌کنند، بی‌سواد باقی می‌مانند و این خود خطر و آسیب بزرگی برای رشد جامعه است.

جمع بین این دو گروه از مصالح و نیازها دشوار و حساس است و خردمندان هر جامعه، به تناسب مصلحت و نیاز سنت‌ها و اخلاق ویژهٔ آن جامعه، بایستی سن بلوغ برای نکاح را معین کنند. ضرورت‌های تاریخی و احترام به سنت‌ها یکی از عواملی است که در این راه نقش اساسی و مهم دارد، ولی تنها نیروی کارگزار نیست. توجه به سیر تاریخی سن بلوغ در قانونگذاری ما نشان می‌دهد که نویسندگان متن اصلی قانون مدنی کوشیده بودند تا مصالح گوناگون را با هم جمع کنند و با عادات و رسوم همگام شوند. برعکس، نویسندگان قانون حمایت خانواده به مفاسد مربوط به تأخیر ازدواج جوانان و لزوم رعایت سنت‌ها بی اعتنا ماندند. نویسندگان اصلاح ٦١ درست در برابر این شیوهٔ افراطی قرار گرفتند و، بدون توجه به واقعیت‌های محلی و بومی، تنها نظر مشهور فقها را معیار قرار دادند.

---

۱. سیدعلی شایگان، حقوق مدنی ایران، ج ۱، ش ۶۱۳ .

در این محاسبه، نقش مهم عادات اجتماعی و اخلاق را نیز نبایستی فراموش کرد؛ چنان که در زمان حکومت مادهٔ ۱۰۴۱ سابق، رویهٔ قضایی برای نکاح دختران کمتر از پانزده سال سختگیری نمی‌کرد و به همهٔ داوطلبانی که سیزده سال سن و قابلیت جسمی لازم برای نکاح را داشتند اجازه می‌داد. در دوران حکومت قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ آمار نکاح‌های ثبت نشده بالا رفت. هم اکنون نیز امکان ازدواج دختر نه ساله چندان تغییری در وضع اجتماعی ما نداده است. جز در موارد بسیار نادر، آن هم به احتمال در عشایر و پاره‌ای از روستاها، هیچ مردی به خود اجازه نمی‌دهد که به خواستگاری دختری هشت سال و چند ماهه برود تا به یاری او خانواده تشکیل دهد و به خاطر هیچ پدر و مادری نمی‌گذرد که طفل بی‌گناه خود را از مدرسهٔ ابتدایی و صحنه‌های بازی‌های کودکانه بیرون کشند و به خانهٔ شوهر بفرستند و باری خارج از طاقت او بر دوشش نهند. بدین ترتیب، متن کنونی مادهٔ ۱۰۴۱ در میان شهرنشینان و بسیاری از روستاها مفسدتی به بار نمی‌آورد. منتها، این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا به مصلحت است که قانون نقش هدایت و رهبری را از دست بدهد و این چنین از واقعیت‌های اجتماعی فاصله بگیرد؟

٤٤. نکاح پیش از بلوغ:

به موجب تبصرهٔ مادهٔ ۱۰٤۱، اضافه شده در سال ٦۱ : **«عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازهٔ ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه»**. مفاد این تبصره را جز از راه مطالعهٔ تاریخی نمی‌توان فهمید. زیرا، در نخستین برخورد به نظر عجیب می‌رسد که تبصرهٔ ماده‌ای بتواند آنچه را در اصل ممنوع شده است مباح سازد، آن هم نه به صورت استثنا و تخصیص، به شیوه‌ای عام که توهم نسخ و تناقض را به وجود آورد. وانگهی، اصطلاح «اجازه» در جایی به کار می‌رود که عقد واقع شده اعتبار یابد (برای اعتبار ما وقع است). پس، مفاد تبصره باید ناظر به موردی باشد که دختر وپسری پیش از بلوغ با هم ازدواج کنند و ولی قهری آن را اجازه دهد، در حالی که یکی از شرایط وقوع نکاح این است که عاقد عاقل و بالغ و قاصد باشد (مادهٔ ۱۰٦٤ ق.م.) و دختر یا پسر نابالغ نمی‌تواند طرف عقد نکاح قرار گیرد.

برای رفع این دشواری‌ها، باید دانست که در فقه «نکاح» به معنی زناشویی و نزدیکی نیز به کار می‌رود و حتی به عقیدهٔ بعضی به‌طور مجازی به معنی «عقد نکاح»

است.[۱] نکاح پیش از بلوغ نیز به وسیلهٔ ولی قهری امکان دارد، یعنی پدر و جد پدری می‌تواند کودک نابالغ را شوهر دهد یا برای پسر نابالغ خود زن بگیرد. ولی، آمیزش با دختری که بالغ نشده ممنوع است و مسؤولیت‌های کیفری و حقوقی به بار می‌آورد.[۲]

بدین ترتیب، احتمال فراوان دارد کـه واژهٔ «نکـاح» در مـادهٔ ۱۰٤۱ ق.م. بـه معنـی «آمیزش» و «نزدیکی» و در تبصره آن ماده به معنی «زواج» به کار رفته باشـد. بـه همـین دلیل است که نکاح در تبصرهٔ مادهٔ ۱۰٤۱ همراه با عقد آمده است تا تردیدی در مفهـوم آن باقی نماند. به ظاهر مقصود از عبارت «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازهٔ ولـی صـحیح است» این بود که ولی قهری می‌تواند برای صغیر عقد نکاح را واقع سـازد. ایـن حکـم استثنایی است بر عدم اهلیت تمتع صغیر در نکاح و از بـدعت‌هـای کمیـسیون قـضایی مجلس در اصلاح قانون مدنی است. از استثنایی بودن این حکـم دو نتیجـهٔ اساسـی بـه دست می‌آید:

۱. نفوذ نکاح ولی قهری مشروط بر این است‌که رعایت مصلحت مولی علیـه در آن شده باشد: یعنی، کافی نیست که زناشویی اجباری کودک مفسدتی به بار نیاورد، بایستی به «مصلحت» کودک هم باشد. انتخاب همسر برای کـودک، او را از طبیعـی‌تـرین حـق مشروع خود محروم می‌سازد و به شخصیت طفل صدمه می‌زند. بنابراین، فـرض ضـرر در نکاحی که ولی قهری دربارهٔ آن تصمیم می‌گیرد برای کودک وجود دارد. این فـرض در صورتی از بین می‌رود که ولی قهری بتواند ضـرورت نکـاح و مـصلحت نامتعـارف طفل را در دادگاه اثبات کند، به ویژه که صدمه‌های ناشی از چنین اقدامی جبـران‌ناپـذیر است: تا رسیدن به سن بلوغ کودک بایستی همسر ناخواسته را با تمام ضررهای مادی و معنوی آن پذیرا باشد. پـس از بلوغ نیز، بر فرض که بتواند تجاوز ولی قهری را از حدود نمایندگی اثبات کند و نکاح فضولی را بر هم زند، هیچ چیز نمی‌تواند گذشـتهٔ دردنـاک را به او بازگرداند.

۲. این حق اختصاص به ولی قهری دارد و حتـی وصـی منـصوب از سـوی او نیـز

---

۱. طریحی، مجمع البحرین، ج ۱، ص ۴۲۱–۴۲۰ . در همین صفحه می‌خوانیم : «النکاح الوطی، و یقال علی العقد فقیل مشترک بینهما و قیل حقیقة فی الوطی و مجاز فی العقد.»

۲. سید محمد کاظم طباطبایی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۳۵ و ۳۹۱ – محقـق، شـرایع، ص۴۹۶ و ۵۰۱ – نراقـی، مستند، ج ۲، ص ۴۷۵ و ۴۸۲ – سبزواری، کفایه‌الاحکام، ص ۱۵۵–۱۵۴ – شهید ثانی، مـسالک، ج ۲، ص ۴۳۹ و ۴۴۸ – علامهٔ حلی، تحریر، ج ۲، ص ۶–۵ – محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۲، ص ۱۴۷ .

نمی‌تواند برای صغیر همسر انتخاب کند.[۱]

باید افزود که چنین نکاحی با عادات و رسوم و اخلاق اجتماعی در زمان ما مخالف است و به ندرت می‌توان نمونه‌ای برای آن سراغ کرد. ولی، به هر حال وجود اختیار پدر و جد پدری در قانون ایجاب می‌کند که رویهٔ قضایی و اداری در اندیشهٔ جلوگیری از خطرهای احتمالی آن باشد[۲] و با تفسیری مناسب از خطرهای احتمالی حکم بکاهد. ما پیشنهاد خود را در تفسیر اصلاح شدهٔ این بدعت خواهیم گفت.

نامتناسب بودن قانون با اخلاق عمومی سبب شد که مادهٔ ۱۰۴۱ اصلاح شده در سال ۱۳۷۰، پیش از آن که اثر واقعی در نظام حقوقی خانواده به جای گذارد، در سال ۸۱ دوباره اصلاح شود و عدالت در محل شایسته‌ای قرار گیرد. متن مادهٔ اصلاح شده از این قرار است: **«عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال شمسی منوط است به اذن ولی، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح».**

در این اصلاح، به دو نکتهٔ مهم توجه شده است: ۱) تعیین سن معقولی برای نکاح و بلوغ پسر و دختر در انتخاب همسر و انعقاد عقد؛ دخالت دادگاه در تمیز مصلحت کودکی که پیش از بلوغ قانونی (۱۳ و ۱۵) آمادهٔ زناشویی شده است: یعنی نکاح دختر و پسر نابالغ منوط است به اذن ولی و تشخیص مصلحت طفل به تصمیم دادگاه.

متن اصلاح شده بخشی از عیوب نکاح پیش از بلوغ را از بین می‌برد، ولی نگرانی و اشکال مربوط به نکاح صغیر هنوز هم باقی است و با رویهٔ قضایی است که آن را کاهش دهد و تفسیری مناسب با اقتضای زمان و احترام به شخصیت کودکان انتخاب کند. تلاش برای رسیدن به عدالت در سایهٔ مادهٔ ۱۰۴۱ ق.م. نیز با اندکی تأمل امکان‌پذیر است:

۱) تبصرهٔ مادهٔ ۱۰۴۱ که نکاح قبل از بلوغ را با اذن ولی صحیح می‌داند، باید در سایهٔ متن اصلاح شده قرار گیرد. بنابراین، مقصود از بلوغ در این تبصره، سن ۱۳ برای دختر و ۱۵ برای پسر است نه بلوغی که در تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۲۱۰ معین شده است؛ یعنی بلوغ نکاح کردن با بلوغ شرعی و عمومی تفاوت دارد.

---

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۹.

۲. ولایت پدر و جد پدری در فقه، به دلیل نقص در کمال رشد (مانند جنون و مستی و صغر و اغما) و کفر و احرام معلق می‌شود و در آن حال نکاح امکان ندارد: جامع المقاصد، ج ۲، ص ۱۴۷.

۲) با استفاده از واژهٔ اذن در متن تبصره، که در اصطلاح حقوقدانان برای اجازهٔ عملی به‌کار می‌رود که دیگران بایستی انجام دهند، می‌توان گفت: ولی قهری نکاحی را باید اذن دهد که همسران جوان می‌خواهند. در انعقاد آن شرکت کنند. انتخاب همسر از طبیعی‌ترین حقوق هر انسان و از لوازم احترام به شخصیت او است و به ولایت نمی‌توان خصوصی‌ترین رابطه را بر او تحمیل کرد. پس، باید پذیرفت نکاحی قابلیت تنفیذ را دارد که دو طرف آن صلاحیت و اهلیت انعقاد عقد را داشته باشند. کودک مأذون باید به سن تمیز در نکاح برسد تا بتواند طرف عقد نکاح واقع شود و این پیمان مهم اخلاقی و اقتصادی را اراده کند.

رویهٔ قضایی از چند جهت می‌تواند بر پایهٔ مصلحت کودکان، برای جلوگیری از ازدواج‌های زودرس به ابتکار دست زند: ۱) سن تمیز را در مهم‌ترین پیمان‌های زندگی، که لازمهٔ انعقاد نکاح است، چنان در نظر بگیرد که از خطر جهالت و بی‌تجربگی کودک جلوگیری کند؛ ۲) در تمیز مصلحت کودک به تمام جهات معنوی و مادی این واژه توجه کند. ۳) اثبات مصلحت را بر عهدهٔ ولی قرار دهد و تنها به پیش‌بینی و میل او اعتماد نکند.

۴۵. ضمانت اجرای تخلف از این شرط:

در قانون مدنی ضمانت اجرای حقوقی تخلف از شرط بلوغ به طور صریح بیان نشده است، ولی از لحن مادهٔ ۱۰۴۱ بر می‌آید که قانونگذار نخواسته است نکاح خردسالان را نافذ بداند. به اضافه، عاقد و زوج نیز از نظر کیفری مجازات می‌شوند:

مادهٔ ۳ قانون ازدواج مصوب ۲۰ مرداد ماه ۱۳۱۰ در این باب می‌گوید: «هرکس برخلاف مقررات مادهٔ ۱۰۴۱ ق.م. با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاوجت کند به ٦ ماه الی ۲ سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد. در صورتی که دختر به سن ۱۳ سال تمام نرسیده باشد، لااقل به ۲ الی ۳ سال حبس تأدیبی محکوم می‌شود و در هر دو مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس به جزای نقدی از ۲۰۰۰ الی ۲۰۰۰۰ ریال محکوم گردد، و اگر در اثر ازدواج برخلاف مقررات فوق مواقعه منتهی به نقص یکی از اعضا یا مرض دائم زن گردد، مجازات زوج از ۵ الی ۱۰ سال حبس با اعمال شاقه است و اگر منتهی به فوت زن شود مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته‌اند نیز

به همان مجازات یا مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم می‌شوند.

محاکمهٔ این اشخاص را وزارت عدلیه می‌تواند به محاکم مخصوصی، که اصولاً تشکیلات و ترتیب رسیدگی آن به موجب نظام نامه معین می‌شود، رجوع نماید و در صورت عدم تشکیل محکمهٔ مخصوص، رسیدگی در محاکم عمومی به عمل خواهد آمد».

ب. ولایت در نکاح

٤٦. اجازهٔ ولی در نکاح صغیر:

دخالت خانوادهٔ صغیر را در نکاح او بر دو مبنای مختلف می‌توان استوار کرد: ۱) حمایت از صغیر ۲) اظهار نظر دربارهٔ کسی که از این پس عضو خانواده می‌شود و نیک و بد او، نه تنها به همسرش، به خانوادهٔ او نیز مربوط می‌شود.[۱]

در حقوق مدنی مبنای نخست پذیرفته شده بود. زیرا، رضای خانواده تنها در نکاح صغیر اثر داشت و شخص کبیر(جز در مورد دختری که برای بار اول شوهر می‌کند) در انتخاب همسر آزاد بود. مهم‌تر این که اجازهٔ نکاح صغیر تنها با سرپرست قانونی او بود: اگر کودک پدر یا جد پدری داشت، این اجازهٔ را او می‌داد و سایر اعضای خانواده در این راه سهمی نداشتند. در صورت فوت اولیای قهری، تصویب ارادهٔ او با قیم بود و احتمال داشت که قیم شخص خارجی باشد.

پس از اصلاح سال ٦١ نیز دخالت خانواده همچنان بی اثر ماند، ولی مبنای دیگری برای دخالت پدر و جد پدری مطرح شد که پیش از آن سابقه نداشت. این مبنا، شاخه‌ای از «ولایت» است که گسترهٔ تازه‌ای یافته و بر شخصی‌ترین چهرهٔ زندگی، یعنی انتخاب همسر، نیز سایه افکنده است: میراثی از فقه که در قانون مدنی رسوخ کرده است و همچنان که گفته شد، به ندرت می‌توان موردی برای آن سراغ کرد (ش ٤٤).

بدین ترتیب، باید پذیرفت که دخالت ولی قهری در ازدواج فرزند صغیر خود کمتر چهرهٔ حمایتی دارد وشاخه‌ای از اقتدار پدری است که محدود به «مصلحت مولی علیه» شده است تا از خطرهای آن کاسته شود: اختیار پدر نسبی و محدود به مصلحت فرزند

---

۱. پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۱۱۹ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۷۴۰ کرلن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۲، ش ۹۰۸.

است و دختر و پسر صغیر از این حیث با هم تفاوتی ندارند.[۱] این ولایت در اثر فوت و زوال عقل و کفر ساقط می شود. بنابراین پس از مرگ ولی قهری، قیم یا وصی نمی‌تواند به نمایندگی قهری کودک برای او تصمیم بگیرد. همچنین است در مورد ولی مجنون که خود نیاز به سرپرست دارد، و کافر که بر مسلمان ولایت ندارد.[۲]

باید افزود که در اخلاق عمومی اهمیت نکاح پسر و دختر برابر نیست و تحمل شکست دختر در این مرحلهٔ زندگی دشوارتر به نظر می‌رسد. به همین دلیل، قانونگذار نیز آن دو را یکسان ندیده و اذن ولی را پس از بلوغ به نکاح دختر اختصاص داده است.

۴۷. اوصاف اذن ولی دختر کبیر:

اذن ولی دختر بالغ، که برای نخستین بار شوهر می‌کند دارای چهار وصف اساسی است:

۱. **خاص است**، بدین معنی که رضای او باید دربارهٔ نکاح با شخص معین صادر شود. ولی نمی‌تواند انتخاب همسر را به طور کلی به دختر خود واگذار کند و زناشویی را، بدون تعیین همسر خاص، اذن دهد. این اذن با مبنای حکم قانونگذار، یعنی حمایت از او، منافات دارد و به همین دلیل هم در تنفیذ نکاح مؤثر نیست.

۲. **قابل رجوع است**، یعنی پدر یا جد پدری می‌تواند پیش از نکاح تصمیم خود را تغییر دهد و امری را که اذن داده است رد کند. بنابراین، هرگاه اطلاعات نادرستی که به ولی کودک داده شده است او را با ازدواج فرزندش موافق کرده باشد، پس از آگاه شدن از حقیقت، می‌تواند اذن گذشته را ندیده بگیرد و با همسری فرزندش مخالفت کند.

باید دانست که قابل رجوع بودن از اوصاف اذن ولی است نه اجازهٔ او. بدین توضیح که، اگر نکاح بدون تحصیل اذن ولی واقع شود و او نکاح سابق را اجازه دهد، دیگر مخالفت او اثر ندارد. زیرا، نکاح پس از اجازهٔ ولی تنفیذ می‌شود و عقد درست را نمی‌توان بر هم زد.

۳. **اختیار ولی قهری مطلق نیست** و او در این باب اختیار کامل ندارد: دادگاه می‌تواند

---

۱. دختر و پسر صغیر، پس از بلوغ و رشد نیز حق فسخ نکاحی را که پدر یا جد پدری برای ایشان منعقد کرده است ندارند: علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، نکاح.

۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح – شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۳ ص ۲۶۷.

موجه بودن مخالفت را بازرسی کند و ولی قهری ناچار است که دلایل مخالفت خود را با ازدواج دختر را به دادگاه بدهد و آن تصمیم را توجیه کند.

٤. **اجازهٔ نکاح شخصی و منحصر به ولی قهری است** و تنها پدر و جد پدری است که می‌تواند با نکاح دختر بالغ خود، در صورتی که هنوز شوهر نکرده باشد، مخالفت کند. چنان که مادهٔ ١٠٤٤ ق.م. در این باره اعلام می‌داشت: «**... اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیمومت باشد اجازهٔ قیم او لازم نخواهد بود.**» مادهٔ ١٠٤٤ اصلاح شده (١٣٧٠) پا را فراتر نهاده است و مقرر می دارد: «**در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی نیز می تواند اقدام به ازدواج نماید. تبصره: ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد.**»

منتها، برای اجرای این حکم سه شرط زیر ضروری است: ١) غیبت ولی؛ ٢) عدم امکان استیذان از او؛ ٣) نیاز دختر به ازدواج. مادر و سایر خویشان دختر نیز حق دخالت در نکاح را ندارند.[1] وصی منصوب از سوی ولی قهری نیز از این حق بی‌بهره است.[2]

٤٨. اثر اجازهٔ ولی:

مطابق مادهٔ ١٠٤٣ اصلاحی قانون مدنی: «نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازهٔ پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازهٔ او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

در توضیح این حکم، باید دانست که در فقه امامیه نسبت به لزوم دخالت اولیای

---

١. سبزواری، کفایة، ص ١٥٧ و مخالف ابن جنید است که در صورت فقدان پدر مادر را ولی بر دختر می‌داند.

٢. علامهٔ حلی، تحریر، ج ٢، ص ۶ – شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ٢٩، ص ١٨٩.

قهری در نکاح دختر بالغ اتفاق نظر وجود ندارد:[1] جمعی گفته اند دختر بالغ در این زمینه آزاد است و به استقلال می تواند همسر خود را انتخاب کند، هر چند که هنوز شوهر نکرده باشد.[2] بعض دیگر پدر و جد پدری را پس از بلوغ هم ولی بر دختر باکره می‌دانند و نظر داده‌اند که آنان بایستی دربارهٔ نکاح دختر تصمیم بگیرند. گروه سوم راه میانه را برگزیده‌اند و انتخاب دختر و اجازهٔ پدر را با هم شرط دانسته‌اند[3] و مادهٔ ۱۰۴۳ ق.م. از این نظر پیروی کرده است تا هم رعایت شخصیت نوجوان در انتخاب همسر آیندهٔ خود بشود و هم پدر یا جد پدری بتواند از ازدواج نامناسب او جلوگیری کند. آمیزه‌ای از عشق و تجربه استواری نکاح و سعادت دختر را تضمین کند:

دربارهٔ حکم مادهٔ ۱۰۴۳ سه نکتهٔ مهم را باید در نظر داشت:

۱- چنان که اشاره شد، اجازهٔ ولی قهری در صورتی شرط نفوذ عقد است که دختر هنوز شوهر نکرده باشد. پس، اگر دختری یک بار شوهر کند و این نکاح پس از زناشویی به سببی منحل شود، بار دوم آزاد است و ازدواج او نیازی به اجازهٔ پدر یا جد پدری ندارد. در موردی که دختر شوهر می‌کند ولی پیش از نزدیکی نکاح منحل می‌شود، این ازدواج ناتمام دختر را در نکاح بعدی آزاد نمی‌کند. زیرا، مقصود مادهٔ ۱۰۴۳ از شوهر کردن تنها خواندن خطبهٔ عقد نیست. همچنین، اگر بکارت دختری در اثر سقوط یا پریدن از بین برود، چون دختر شوهر نکرده است و در عرف نیز او را دوشیزه می‌دانند، باید ولایت پدر دختر را باقی دانست.[4] پاره‌ای از فقیهان، حتی ازالهٔ بکارت به‌وسیلهٔ زنا را نیز باعث از بین رفتن ولایت پدر نمی‌دانند و این فتوا با ظاهر مادهٔ ۱۰۴۳ قانون مدنی موافق است[5]. ولی مادهٔ ۱۰۴۳ اصلاح شده، که بکارت دختر بالغ را شرط ولایت پدر و جد پدری قرار داده است، با آن مخالفت دارد.

---

۱. علامهٔ حلی، مختلف، ص ۵۳۴ به بعد - سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۱۵۵ - شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۴۴۸ - میرزا قمی، جامع الشتات، ص ۴۴۴ - سیدمحمدکاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۹۱.

۲. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۶۸ - فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۳۱ - علامهٔ حلی، قواعد، نکاح - فخرالمحققین، ایضاح، ج ۳، ص ۱۲۹ - سیدمرتضی در انتصار (ص ۶۷) در این بارهٔ ادعای اجماع کرده است. این نظر به ابوحنیفه نیز نسبت داده شده است: نراقی، مستند، ص ۴۷۹.

۳. شهید ثانی، مسالک، ج ۱ - شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۳۵۸- صاحب حدائق، این نظر را ضعیف‌ترین اقوال می داند(ج ۲۳، ص ۲۲۶).

۴. سیدمحمد کاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۹۲ - علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح.

۵. ملا احمد نراقی، مستند الشیعه، ج ۲، ص ٤٨١.

پیش از اصلاح مادهٔ ۱۰۴۳ نیز، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در رأی شمارهٔ ۶۲/۶۲ -۶۳/۱/۲۹ که به عنوان ایجاد وحدت رویهٔ قضایی صادر شده است، اعلام می‌کند: «... **مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیرمشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد**»[1].

بنابراین، اگر دختری بدون اذن پدر شوهر کند و در اثر مخالفت پدر و درخواست او نکاح نامتناسب ابطال شود، دختر می‌تواند با همان مرد دوباره ازدواج کند و، چون باکره نیست و نامشروع بودن آمیزش نخستین نیز از سقوط ولایت پدر جلوگیری نمی‌کند، این بار پدر حق اعتراض ندارد؛ دختر با این حیله از اجرای حکم قانون می‌گریزد و با شوهر دلخواه و نامتناسب خود به سر می‌برد.

به نظر می‌رسد که انگیزهٔ صدور چنین حکمی بیشتر انصاف و تأثیر از پاره‌ای فقها باشد. این رأی راه را برای حیله‌گری و تقلب نسبت به قانون می‌گشاید و با حکمت مادهٔ ۱۰۴۳، که تا اندازه‌ای می‌تواند خطرهای ناشی از زواج دختران خردسال را تعدیل کند، تعارض دارد.

باید افزود که، قطع نظر از حکم قانون و خودسری استثنایی، بیشتر دختران سعی دارند همسرشان مورد پسند و احترام خانواده نیز باشد.[2]

۲. در مواردی که اجازهٔ ولی دختر لازم است، او در تنفیذ و رد نکاح آزاد نیست و حق ندارد خودسرانه مانع ازدواج شود. رضای اولیای دختر در صورتی محترم است که با دلایل موجه همراه باشد، یعنی به خاطر مصلحت دختر با نکاح او مخالفت کند نه برای ارضای تمایل و نفع خود. به عبارت دیگر، حق ولی درباب مخالفت با شوهر کردن دختر، در حالت کودکی او مطلق و در این فرض نسبی است.

پیش از اصلاح مادهٔ ۱۰۴۳ پاره‌ای از استادان تشخیص موجه بودن علت مخالفت ولی را با سردفتر می دانستند. ولی، همان زمان نیز به نظر می‌رسید که «این تشخیص با دادگاه است و تا زمانی که محکمه در این باب فصل خصومت نکرده است، دفتر اسناد رسمی نمی‌تواند از پیش خود تصمیم بگیرد. زیرا، مطابق مادهٔ ۱ قانون آیین دادرسی

---

۱. مجموعهٔ قوانین سال ۶۳، ص ٤٤.

۲. در فقه امامیه، اذن گرفتن از پدر در شوهر کردن حتی برای بیوگان مستحب است: سبزواری، کفایه، ص ۱۵۷- سید محمد کاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۹٤.

مدنی، دادگاه باید در اختلاف بین دختر و ولی قهری نسبت به موجه بودن نظر او رأی بدهد. تبصرهٔ مادهٔ ۱۰٤٤ نیز این استنباط را تأیید می‌کند. زیرا، سردفتر تنها وسیلهٔ ابلاغ است و دختر می‌تواند از وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج نیز استفاده کند. پس، یا باید گفت که آگاه ساختن پدر یا سایر اولیا برای نفوذ نکاح کافی است، یا اگر نکاح دختر متوقف به اجازهٔ آنان باشد، باید مرجع قضایی ناموجه بودن آنرا تشخیص دهد[1].

ولی، پس از اصلاح قانون این بحث پایان پذیرفت و اکنون دادگاه خانواده است که بایستی تصمیم نهایی را در این باب بگیرد:

از نظر اخلاقی، برای پدری که دخترش بر خلاف میل او شوهر کرده است، درخواست ابطال آن دشوار است. زیرا به طور معمول، زیانی که از اعلام بطلان نکاح عاید دختر می‌شود بیش از زیان ناشی از ادامهٔ آن است. پس، ناچار است که کار دختر را تنفیذ کند و همین ضرورت اخلاقی و روانی سبب شده است که جمعی چنین بپندارند که پدر از نظر حقوقی نیز نمی‌تواند درخواست ابطال نکاح را بکند.

از مفاد بخش اخیر مادهٔ ۱۰٤۳ چنین برمی آید که، در این دعوا، پدر نیاز به اثبات موجه بودن مخالفت خود دارد و نمی‌تواند تنها به اقتدار پدری و ولایت خود استناد کند. زیرا، ولایت با بلوغ دختر، در صورت عدم حجر متصل به صغر، پایان می‌پذیرد و اختیار پدر تنها چهرهٔ حمایتی دارد و مقید به مصلحت دختر و دفع فساد از او است. با وجود این، نباید چنین پنداشت که پاسخ ندادن پدر به کلی اثر مخالفت او را از بین

---

۱. چاپ اول همین کتاب – در حقوق فرانسه، اطلاع به پدر و مادر تنها به خاطر ادای احترام است و مخالفتشان اثری در نفوذ نکاح ندارد(کولن و کاپیتان، ج ۲، ش ۹۱۸) – در فقه نیز غالب نویسندگان اعتقاد دارند که دختر می‌تواند در این باره به طور مستقل تصمیم بگیرد و نیازی به اجازهٔ ولی ندارد: شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، ج ۳۰، ص ۱۸٦؛ ج ۲۹، ص ۱۷٤ به بعد- سیدمحمد کاظم یزدی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۳٦۱ و حاشیهٔ میرزا نائینی بر آن – علامهٔ حلی: تذکره ، ج ۲، کتاب نکاح – تحریر، ج ۲، ص ٦– قواعد ، ج ۲، ص ۲۷ - میرزا قمی، جامع الشتات، ص٤٤٤- همچنین ، برای مطالعهٔ عمیق دربارهٔ این اختلاف، رجوع شود به ، شیخ محمد حسن نجفی؛ جواهرالکلام، همان کتاب – میرزا محمود آشتیانی، تقریرات حاج شیخ عبدالکریم حائری، کتاب نکاح، ص ۲۰ – احمد نراقی، مستندالشیعه ، ج ۲، ص ٤٥۹ به بعد. و در فقه عامه، رجوع شود به ، طاهر بن احمد بن عبدالرشید بخاری، خلاصة الفتاوی، ج ۱، ص ۲٤۷، چاپ دهلی - محمد ابوزهره، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، ش ۱۵۳. در این کتاب آمده است که شافعی و مالک و احمد و زیدیه ولایت اشتراکی بر دختر بالغ را پذیرفته‌اند و ابوحنیفه رد کرده است.

می‌برد. زیرا، اگر عدم تناسب دختر با نامزد مورد انتخاب او چندان آشکار باشد که دادگاه بتواند، بدون نیاز به رسیدگی تفصیلی و ترافعی، آن را دریابد، بایستی حرمت ارادهٔ پدر را نگاه دارد و از اعلام موجه بودن کار او دریغ نورزد.

ج. نکاح سفیه و مجنون

۴۹. نکاح سفیه:

سفیه یا «غیر رشید کسی است که تصرف او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد» (مادهٔ ۱۲۰۸ق.م.). بنابراین، در مورد نکاح سفیه ممکن است گفته شود که، چون سفیه در اثر نکاح به طور غیر مستقیم در اموال خود تصرف می‌کند و بدین وسیله ملتزم به پرداختن نفقه و مهریهٔ زن می‌شود، نکاح او نیز بستگی به تنفیذ ولی یا قیم دارد و به تنهایی نمی‌تواند در این باره تصمیم بگیرد.[1] ولی، این گفته را، جز در مورد توافق دربارهٔ مهریه، نباید پذیرفت.

عقد نکاح دارای دو چهرهٔ ممتاز است:

۱. اتحاد زن و شوهر به منظور ایجاد خانواده، که غیر مالی است.

۲. توافق نسبت به میزان مهر، که عقدی است مالی و تابع قواعد عمومی معاملات.

درست است که عقد نکاح نیز آثار مالی فراوان (ارث و نفقه) به همراه دارد و تعهداتی برای زوج ایجاد می کند، ولی این الزام‌ها به حکم قانون بر او بار می شود و ارادهٔ سفیه در آنها دخالت ندارد: یعنی، در نکاح، سفیه به همان اندازه باید نفقه بپردازد که شخص رشید و به همان ترتیب قاعدهٔ توارث دربارهٔ او اجرا می‌شود که در مورد رشید است. قانون مدنی نیز به طور ضمنی نکاح سفیه را مجاز شمرده است زیرا، با این که در مادهٔ ۱۰٦٤ در مقام بیان شرایط اهلیت زوجین بوده است، اشاره‌ای به لزوم رشد نکرده است و می‌گوید **«عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد»**.

برعکس، در توافق نسبت به میزان مهر سفیه آزاد نیست و نفوذ ارادهٔ او به اجازهٔ ولی یا قیم بستگی دارد. زیرا این توافق به طور مستقیم با اموال او ارتباط دارد و میزان مهر نیز با رضای زن و شوهر معین می‌شود نه به حکم قانون.

---

۱. فخر المحققین، ایضاح، ج ۳، ص ۱۸ – علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح – محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۲ صص ۳۰٤ و ۳۰٦ – سید محمد کاظم یزدی، عروة الوثقی ، ج ۲، ص ۳۹۲ – ملا احمد نراقی، مستند الشیعه ج ۲، ص ٤٦۳ (که سفیه را از مصادیق فاسد العقل و در ردیف مجنون آورده است).

۵۰. نکاح سفیه در فقه:

از طرفداران صحت نکاح سفیه در فقه امامیه می‌توان از صاحب حدائق[1] نام برد که به صراحت نظر مشهور را مستند به دلیلی نمی‌بیند. ولی، جز او نیز پاره‌ای از بزرگان به تعدیل نظر مشهور پرداخته اند: صاحب جواهر (نکاح) در تعبیر معنی سفیه در یکی از اخبار می‌نویسد: «فان السفیه فی المال خاصة لا دلیل علی اعتبار اذن الولی التزویج الذی هو تصرف غیر مالی...».

در تذکرهٔ علامهٔ حلی[2] آمده است «و لو نکح السفیه بغیر اذن الولی مع حاجته الیه و طلبه من الولی فلم یزوجه قال الشیخ ره الاقوی الصحهٔ ... و هو احد وجه الشافعیه ...»[3]

صاحب کفایه، در مورد امکان نکاح سفیه بدون اذن ولی، می‌نویسد در آن دو وجه گوناگون در فقه وجود دارد (ص ۱۵۶).

در شرایع محقق آمده است که اگر سفیه بدون اذن ولی در مورد اضطرار ازدواج کند، عقد صحیح است، اگرچه او گناهکار است و صاحب جواهر(ج ۲۹، ص۱۹۳) در توضیح مبنای آن می‌نویسد: «لاصالة الصحة مع عدم کون التزویج من التصرفات المالیة المحضة؛ لان المهر غیرلازم فی العقد و النفقه تابعة کتبعیه الضمان للاتلاف» و این استدلالی است که در همهٔ موارد برای اثبات نفوذ عقد می‌توان ذکر کرد و به همین جهت صاحب جواهر خود برآن اشکال می‌کند.

صاحب شرایع، همچنین می‌نویسد، اگر سفیه برای نکاح در اضطرار باشد، حاکم می‌تواند به او اذن دهد، خواه زوجه را معین کند یا او را در انتخاب آزاد گذارد، سپس می‌افزاید: «ولو بادر قبل الاذن و الحال هذه صح العقد (ص ۵۰۳) » یعنی، اگر سفیه در حال اضطرار باشد و بدون اذن حاکم ازدواج کند صحیح است. این فتوا نشان می‌دهد

---

۱. ج ۲۳، ص ۲٤٦ به بعد.

۲. ج ۲، کتاب نکاح.

۳. ولی در کتاب حجر می‌نویسد: «الاقوی انه لایصح منه عقد النکاح مستقلا بل یشترط اذن الولی فی النکاح و به قال الشافعی و ابوثور لانه تصرف یتضمن المال و هو الالتزام بالصداق فکان ممنوعاً منه لتعلقه بالمال و لانه یجری مجری المعاوضة المالیه و منع منه کالبیع و قال ابوحنیفه و احمد یصح منه الاستقلال بالنکاح و ان منعه الولی لحاجته الیه و لانه عقد غیر مالی فصح منه کخلعه و طلاقه و ان لزم منه المال فحصوله بطریق الضمن و لایمنع من العقد کما لولزم ذلک من الطلاق...»

که سفیه در واقع محجور نیست و تنها احتیاط مربوط به «رعایت مصلحت» او را مقید می‌سازد.

علامهٔ حلی نیز در قواعد در همین فرع، پس از اعلام این که در مورد حاجت سفیه حاکم به او اذن در نکاح می‌دهد (با تعیین زوجه یا بدون آن)، می‌نویسد: «و لیس الاذن شرطاً» (جامع المقاصد، ج۲، ص ۱٤۷) و در ارشاد آمده است که، درصورت ضرورت، اگر سفیه بدون اذن حاکم و به مهر المثل نکاح کند صحیح است (نقل از حدائق، ج ۲۳، ص ۲۵۰).

چنان که ملاحظه می‌شود، مفاد این فتوا نشان می‌دهد که گروهی از فقیهان، در عین حال که نفوذ نکاح سفیه را منوط به اذن ولی یا حاکم دانسته اند، اعتقاد دارند که نیاز سفیه به نکاح آن قید را از بین می برد. این گفته بدین معنی است که تمیز نیاز سفیه با خود اوست و حداکثر این است که پس از وقوع نکاح حاکم می‌تواند بنا بر ظاهر امور درستی کار سفیه را احراز کند. این اقدام نیز در غالب موارد نتیجه‌ای نمی‌دهد، زیرا سفیه بیش از همه به نیاز خودآگاه است و تنها در مورد پاره ای از عیاشی‌ها و افراط در نکاح می‌تواند مفید واقع شود.

پس، نتیجهٔ عملی یاد شده این است که سفیه در نکاح آزاد است، مگر اینکه دست به افراط زند و حاکم یا ولی او را منع کند. این منع با آنچه ما «حجر» می‌نامیم تفاوت‌های آشکار دارد.

۵۱. نکاح مجنون:

بر خلاف آنچه درمورد سفیه گفته شد، حجر دیوانه تنها به خاطر حمایت از او نیست. دیوانه اراده ندارد و به همین دلیل، هیچ یک از اعمال ارادی را نیز نمی‌تواند انجام دهد و معاملات او باطل است.

نکاح عقدی است که در اثر تراضی زن و شوهر واقع می‌شود و هر گاه یکی از آن دو دیوانه باشد نکاح باطل است و تنفیذ ولی یا قیم او نیز هیچ اثری در نفوذ عقد ندارد. منتها، هرگاه جنون متصل به صغر باشد، ولایت بر دیوانهٔ بالغ باقی می‌ماند و ولی قهری می‌تواند، در صورتی که به مصلحت مجنون و برای او ضروری باشد، به ولایت برای او ازدواج کند.

جنون گویندهٔ ایجاب، هر گاه پیش از قبول عارض شود، اثر ایجاب را از بین می‌برد و قبول آن باعث وقوع نکاح نمی‌شود[1].

همچنین، هر گاه ازدواج مجنون از نظر سلامت او ضروری باشد، قیم می‌تواند با اجازهٔ دادستان، به نیابت از جانب او طرف عقد قرار گیرد؛ چنان که مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی در این باب می‌گوید: «**در صورتی که پزشک ازدواج مجنون را لازم بداند، قیم با اجازهٔ دادستان می‌تواند برای مجنون ازدواج نماید......**». به همین قیاس نیز می‌توان گفت، وصی منصوب از طرف ولی قهری نیز می‌تواند، در صورت ضرورت، برای دیوانه نکاح کند و برای این اقدام به اجازهٔ دادستان نیازی ندارد[2].

گفتار سوم: موضوع و جهت عقد نکاح

۵۲. تحلیل عقد:

اساس عقد نکاح تشکیل خانواده و اتحاد زن و شوهر است، ولی به طور معمول توافق دیگری نیز در باب میزان مهریه انجام می‌شود. در این گونه موارد، باید چهرهٔ معنوی و انسانی عقد را از قرارداد راجع به مهر ممتاز ساخت و احکام آن دو را با هم مخلوط کرد.

درست است که قانون مدنی در پاره‌ای موارد قواعد مربوط به معاملات معوض را در روابط بین زن و شوهر نیز اجرا کرده است(مادهٔ ۱۰۸۵)، ولی از این مواد نباید چنین استنباط کرد که رابطهٔ بین مهر وتمکین زن تابع رابطهٔ دو عوض درسایر معاملات است. انسان هیچ گاه موضوع حق قرار نمی‌گیرد و شخصیت اخلاقی او برتر از آن است که در حکم اشیاء و تابع قواعد آن باشد.

با این مقدمه، هنگامی که از موضوع عقد نکاح سخن به میان می‌آید، مقصود رابطهٔ بین زوجیت و مهر نیست، و به همین دلیل هم قانون مدنی بطلان و فسخ قرارداد راجع

---

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۸۱- و برای دیدن نظر مخالف که با مشهور فقیهان امامیه مخالفت دارد: شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۷۷. او عارضهٔ جنون را بعد از ایجاب مانع انعقاد می داند.

۲. محقق در شرایع می‌نویسد: «للوصی ان یزوج من بلغ فاسد العقل اذا کان به ضرورة الی النکاح» (ص ۵۰۳) – و در تأیید این نظر: جواهرالکلام، ج ۲۹، ص۱۹۱.

به مهر را از موارد انحلال نکاح نشمرده و حتی اجازه داده است که در نکاح دائم هیچ ذکری از مهر نشود.

پس، قواعد مربوط به مهر را در روابط مالی زوجین مطرح می‌سازیم. اهلیت زن و شوهر نیز در مبحث پیش آمد و در این جا تنها دو نکتهٔ اساسی را بررسی می‌کنیم:
۱) درستی نکاح منقطع یا متعه ۲) لزوم تعیین طرفین عقد و اثر اشتباه در آن.

۵۳. موضوع نکاح ممکن است پیوند زناشویی موقت باشد:

درحقوق ما، به پیروی از فقهای امامیه، نکاح ممکن است برای مدت معین باشد. این پیوند موقت را در اصطلاح «نکاح منقطع یا متعه» می‌نامند؛ چنان که در مادهٔ ۱۰۷۵ قانون مدنی آمده است: «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد».

نکاح منقطع در قوانین سایر کشورها وجود ندارد، و با این که درآغاز برای شکل بخشیدن به روابط آزاد زن و مرد و جلوگیری از رابطهٔ نامشروع و به عنوان ضرورتی تاریخی به وجود آمد، بعدها مورد سوءاستفادهٔ ثروتمندان خوشگذران واقع شد، و جمعی آن را وسیلهٔ شرعی برای مباح ساختن رابطهٔ با معشوقه‌های خود ساختند و این تمهید حقوقی را درست برخلاف مبانی اخلاقی و اجتماعی آن به کار بردند. این وضع باعث شده است تا قانون مدنی نیز در تنظیم قواعد آن به اختصار گراید و نویسندگان حقوقی نیز به سرعت از آن بگذرند و گاه وجود این نهاد اجتماعی را نادیده انگارند[1]. این واقعیت اجتماعی را نیز باید پذیرفت که اخلاق عمومی نکاح منقطع را نمی پسندد و آن را سبب سرشکستگی زن و موجب ندامت مرد می‌شمارد.

با وجود این، باید دانست که در جهان کنونی، با این همه بی‌بندوباری‌های اخلاقی و دشواری‌های اقتصادی که در راه تشکیل خانواده به وجود آمده است، نکاح منقطع نباید به عنوان نهادی شرم‌آور در بوتهٔ فراموشی افتد. بر عکس، جای آن دارد که آثار اجتماعی این گونه زناشویی‌ها به دقت مورد ارزیابی واقع شود.

---

۱. برای مطالعه دربارهٔ مشروع بودن نکاح منقطع ، رک. از کتابهای فقه امامیه: سید مرتضی، الانتصار، ص ۶۰ به بعد – و در فقه عامه: محمد ابوزهره، محاضرات فی عقدالزواج و آثاره، ش ۸۱ و ۸۲ – ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۹۵، ش ۵۲۶۰ و ص ۱۷۸ و ۱۷۹. در این کتاب آمده است: « ما یبطل النکاح من اصله. مثل : ان یشترطا تأقیت النکاح، و هو النکاح المتعة ...»

در جوامع صنعتی، به دلایل گوناگون بین تاریخ بلوغ نوجوانان و زمانی که از نظر اجتماعی و اقتصادی امکان تشکیل خانواده را می‌یابند فاصله افتاده است و هر روز نیز برآن افزوده می‌شود. رابطهٔ بین دختر و پسر را نیز با موعظه و اندرز نمی‌توان از بین برد. پس، یا حقوق بایستی آن را ندیده بگیرد و جوانان را به حال خود گذارد، یا با ساختن قالبهای ویژه و محدود کننده بر این غرایز سرکش لجام زند. نکاح منقطع یکی از این قالب‌هاست و امکان دارد این سلاح کهن با اصلاحی چند دوباره کارآیی خود را بازیابد. چنان که تمایل قوانین جدید به تدوین قواعدی برای همخوابگی و شناسایی اطفال گام‌هایی در همین راه است. رها کردن این نهاد آن را به وسیلهٔ عشرت و زن‌بارگی تبدیل می‌کند، در حالی که ادارهٔ معقول آن ممکن است مفید باشد.

به هر حال، «**مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود**» (مادهٔ ۱۰۷٦ قانون مدنی) و مبهم بودن آن عقد را باطل می‌کند. پس، اگر در نکاح آمده باشد که زوجیت برای زمانی است که جنگ ادامه دارد یا زن وضع حمل نکرده است، عقد باطل است. ولی، هر گاه مدت معین و آغاز آن نامعین باشد، نکاح درست است و زوجیت از تاریخ عقد شروع می‌شود (مادهٔ ٤٦٩ ق.م.).

همچنین است در موردی که مدت به طور متعارف معین نشده ولی به قراین می‌توان آن را معین ساخت. چنان که، هر گاه گفته شود نکاح برای ماه جاری است که در ابتدای آن هستیم و به دلایل دیگر معلوم شود که نکاح در فروردین بوده است، نمی‌توان حکم به بطلان چنین عقدی داد.

در موردی که معلوم باشد مقصود طرفین نکاح منقطع بوده است، هر گاه مدت در عقد نیامده باشد، باید آن را باطل دانست. زیرا آنچه مقصود آنان بوده، به علت نداشتن یکی از ارکان عقد (مدت) واقع نشده است و آنچه به ظاهر واقع شده (نکاح دایم) مقصود طرفین نبوده است (ماقصد لم یقع و ما وقع لم یقصد)[1]. ولی، هر گاه مقصود دو طرف معلوم نباشد، ظاهر این است که به نکاح دائم نظر داشته‌اند و طرفی که بر خلاف این ظهور ادعا دارد که منظور نکاح منقطع بوده است باید ادعای خویش را ثابت کند.

---

۱. شهید ثانی: شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۸٦ و ۲۸۷– مسالک، ج ۱، ص ۵۰۳– دکتر امامی، ج ۵، ص ۱۰۱ و ۱۰۲ – با وجود این، مشهور فقها عقیده دارند که درصورت عدم ذکر اجل در عقد، آن عقد دایم است و صاحب جواهر توضیح می دهد که مقصود مشهور این است که مدت نه در لفظ عقد بیاید و نه درقصد عاقد (جواهر، کتاب نکاح).

۵٤. لزوم تعیین زن و شوهر در عقد نکاح:

نکاح رابطه‌ای است غیرمالی و شخصیت زن و شوهر رکن اصلی عقد است. نکاح پیوند میان انسان‌ها است و به همین دلیل باید شخص زن و مرد در عقد معین باشد. هر یک از زوجین باید به درستی بداند با که پیمان می‌بندد تا نکاح را با توجه به شخصیت او اراده کند[1]. قانون مدنی در مادهٔ ۱۰٦۷ به لزوم تعیین زن و شوهر بدین‌شرح اشاره کرده است: «**تعیین زن و شوهر، به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است**».

تعیین نامزدها ممکن است به وسیلهٔ تعیین نام و مشخصات آنان یا با دیدن و اشاره انجام گیرد. ولی به هرحال، باید وسیلهٔ تعیین به اندازه‌ای بلیغ باشد که جای هیچ شبهه‌ای باقی نگذارد. پس، اگر شخص نامزد مبهم باشد یا یکی از چند نفر با تردید طرف عقد واقع شود، نکاح باطل است. منتها، همان گونه که از ظاهر مادهٔ ۱۰٦۷ برمی‌آید، تعیین زن و شوهر برای خود آنان از شرایط درستی عقد است و نیامدن نام و نشان زن یا شوهر در عقد به اعتبار آن صدمه نمی‌زند[2].

۵۵. اشتباه در شخص طرف عقد:

نکاح از عقودی است که به خاطر شخصیت طرف آن بسته می‌شود و به همین جهت اشتباه در شخص طرف موجب بطلان آن است (مادهٔ ۲۰۱ قانون مدنی). این اشتباه ممکن است به یکی از سه صورت باشد:

۱. **در اتحاد مادی**: در این حالت، نسبت به مجموع اوصافی که شخص را از دیگران متمایز می‌سازد اشتباه رخ داده است و آن که طرف عقد واقع شده شخصی نیست که مقصود همسر بوده است: مانند این که به مردی پیشنهاد نکاح با دختری بشود و او همسری خواهر آن دختر را به اشتباه بپذیرد.

۲. **در وضع مدنی شخص**: در این صورت، از نظر مادی کسی طرف عقد واقع شده که از آغاز مورد نظر بوده است، ولی بعد معلوم می شود که طرف عقد او را به جای

---

۱. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۷– شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ٤٦٦ – سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۱۵۵– نراقی، مستند، ص ٤٧٨.

۲. جواهرالکلام، ج۲۹، ص ۱۵۹.

دیگری گرفته و در هویت و نام او در اشتباه بوده است: مانند این که ولگردی اسناد سجلی هنرمند مشهوری را برباید و با آن اسناد به خواستگاری دختری رود و دختر، به تصور این که به همسری هنرمند مورد علاقهٔ خود درمی‌آید، پیشنهاد ولگرد را بپذیرد. بر خلاف فرض نخست، در این مورد دختر با همان کسی که دیده است ازدواج کرده ولی نسبت به هویت او در اشتباه بوده است، یا، به گفتهٔ پاره‌ای از نویسندگان، اشتباه در «اتحاد حقوقی» طرف عقد با کسی که مورد نظر بوده رخ داده است.[1]

۳. **در صفت مشروط:** در این فرض، طرف عقد از نظر مادی و حقوقی با کسی که مقصود بوده یکسان است، ولی عقد به گمان وجود صفتی در او بسته شده که در واقع دارا نبوده است: مانند این که دختری به تصور این که خواستگار او مهندس است پیمان زناشویی می‌بندد، ولی بعد می‌فهمد که سواد خواندن و نوشتن ندارد.

در دو فرض نخست، اشتباه موجب بطلان عقد است، زیرا پیشنهاد ازدواج را کسی پذیرفته که طرف خطاب پیشنهاد کننده نبوده است. به همین جهت، باید این اشتباه را از عیوب اراده به شمار آورد. منطبق نبودن طرف عقد با کسی که مقصود بوده در فرض نخست مسلم است. ولی، در فرض دوم، ممکن است مورد تردید واقع شود، زیرا، از نظر مادی کسی را که نامزد دیده و همسری با او را قصد کرده همان است که طرف عقد واقع شده است[2]. برای دفع ایراد می‌توان گفت که در علم حقوق شخصیت حقوقی شخص، یعنی مجموع روابط اجتماعی که او را به دیگران مربوط می‌سازد، مورد گفتگوست و نام وسیلهٔ ممتاز ساختن این شخصیت از سایر افراد است.

ولی، اشتباه در وصف موجب بطلان عقد نمی شود، و فقط ممکن است حق فسخ عقد را به وجود آورد. حق فسخ در صورتی برای مشتبه ایجاد می‌شود که یا صفت مورد نظر در عقد تصریح گردد یا، به حسب عرف یا دلالت اوضاع و احوال، بر آن تبانی کرده باشند؛ چنان که به طور معمول بنای زوجین بر این است که زن دوشیزه

---

۱. پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۱۰۱، به بعد – ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۱۱٤۹. ناپلئون این اشتباه را «اشتباه در خانواده» نامیده است.

۲. ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ٦٦.

باشد، مگر این که خلاف آن از گفتگوهای پیش از عقد و اوضاع و احوال قضیه استنباط شود[۱].

مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی نیز در این باره می‌گوید: «**هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد**». پس، اگر یکی از زن و شوهر به اشتباه تصور کند که وصف خاصی در نامزد او وجود دارد، ولی در آن باره گفتگویی نشود و از داوری عرف نیز نتوان تبانی طرفین را بر آن وصف استنباط کرد، کسی که در اشتباه بوده است حق فسخ عقد را ندارد.

از این قاعده باید وصفی را که قید تراضی قرار گرفته است، استثنا کرد؛ زیرا اشتباه در چنین وصفی در حکم اشتباه در وضع مدنی شخص و موجب بطلان نکاح است[۲] منتها به دلیل اهمیت نکاح و آثار نامطلوب ابطال نکاح، به ویژه در مورد نسب فرزندان، در این باره گشاده‌دستی روا نیست و دادگاه باید احراز کند که وصف مشروط چندان اهمیت داشته است که در قصد مشترک دو طرف به عنوان قید تراضی آمده است. به همین جهت، تمایل عمومی بر ترجیح امکان فسخ نکاح بر بطلان آن است.

۵۶. مشروع بودن جهت نکاح:

نکاح بیش از سایر عقود جنبهٔ اخلاقی دارد، چندان که می‌توان گفت، اگر زن و مرد به واقع زندگی مشترک داشته باشند، جهت آن همیشه مشروع است و مواردی که غرض ایشان رسیدن به هدف نامشروعی است ارادهٔ نکاح واقعی نداشته‌اند. به همین

---

۱. در موردی که شوهر خود را منسوب به قبیله‌ای کند و بعد خلاف آن آشکار شود، شیخ طوسی در نهایه عقد را منفسخ می‌داند و در مبسوط عدم خیار را تقویت کرده است و ابن ادریس برای زن خیار فسخ قائل می شود و آن را تدلیس می‌داند (نقل از: فاضل مقداد، التنقیح، ج ۳، ص ۱۱۰ به بعد- سبزواری، کفایه، ص ۱۶۹).

۲. دربارهٔ لزوم وقوع اشتباه در قصد مشترک طرفین و بی اثر بودن اشتباهی که در دواعی خاص یکی از آنان رخ داده است، رک: ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۱۲.

به موجب مادهٔ ۵ قانون ۱۱ ژوییهٔ ۱۹۷۵ که بند ۲ از مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه را تغییر داده است، اشتباه در شخص همسر یا اوصاف اساسی او (Qualités essentials) به همسر دیگر حق می‌دهد که درخواست ابطال نکاح را بکند (ویل ، متمم ج۲، ش ۲۱۵، ص ۵ - فیلیپ مالوری و فولشیرون، خانواده، ش ۱۸۰ به بعد).

جهت است که نویسندگان «مشروعیت جهت عقد» را در نکاح به طور مستقل مطرح نساخته‌اند. بنابراین، اگر مردی با زنی نکاح کند، برای این که خودفروشی او را آسان‌تر سازد، گذشته از نامشروع بودن جهت، می‌توان ادعا کرد که این دو، ارادهٔ واقعی در انعقاد نکاح نداشته اند.

در مواردی هم که زناشویی برای فرار از خدمت سربازی و ترک تابعیت و مانند اینها انجام می‌شود، اگر طرفین ارادهٔ واقعی و جدی بر نکاح داشته باشند، قوانین تنها آثار نامشروع این زناشویی را از بین برده است و هیچ کس در درستی نکاح تردید نمی‌کند. زیرا، این‌گونه هدف‌ها در برابر تشکیل خانواده جنبهٔ فرعی دارد.

قرائت و تمرین (۳)

شرکت دختر و پسر صغیر در دعاوی زناشویی

به طوری که گفته شد، دختر و پسر بعد از بلوغ می‌توانند نکاح کنند. سن بلوغ در دختر نه سال و در پسر پانزده سال قمری است و در اصلاح نهایی، این سن در دختر ۱۳ سال شمسی و در پسر پانزده سال است.

زن و شوهر در برابر یکدیگر حقوق و تکالیفی دارند و گاه نیز لازم است که برای اجبار آنان در دادگاه اقامهٔ دعوا شود یا به این گونه دعاوی پاسخ دهند. پس، باید دید آیا امکان طرح یا پاسخ‌گویی دعوا از لوازم پیمان زناشویی است و اذن به نکاح دختر نابالغ مستلزم اذن او به شرکت در دعاوی زناشویی است؟

برای مثال، اگر شوهری برای اجبار زن ده سالهٔ خود به تمکین به دادگاه رجوع کند، آیا این دعوا به طور مستقل می‌تواند به طرفیت زوجهٔ صغیر جریان یابد یا ولی قهری و قیم او را باید در دعوا دخالت داد؟ برعکس، هر گاه دختر ده ساله‌ای که شوهر کرده است بخواهد طلاق بگیرد یا مطالبهٔ نفقه کند آیا حق دارد به طور مستقل اقامهٔ دعوی کند؟ به بیان دیگر، آیا داشتن اهلیت برای نکاح مستلزم داشتن اهلیت برای اقامهٔ دعوا دربارهٔ حقوق و تکالیف ناشی از آن نیز هست؟

محاکم پیش از اصلاح سال ٦١ و در زمانی که پانزده سال (و با اذن دادگاه ۱۳ سال) حداقل سن ازدواج برای دختر بود در این باب اختلاف داشتند: بعضی می‌گفتند، بین زناشویی و شرکت در دعاوی راجع به آن ملازمه وجود ندارد و در دعوای تمکین و نفقه و مانند اینها، ولی یا قیم باید به نمایندگی ازطرف او اقدام کند. و گروه دیگر، داشتن حق طرح دعوا یا پاسخ دادن به آن را از لوازم اصلی حق نکاح کردن می‌دانستند. وقوع اختلاف هم اکنون نیز احتمال داده می‌شود. پس، نمونه‌هایی از احکام هر یک آورده می‌شود:

۱. دادگاه عالی انتظامی در حکم شمارهٔ ۳۹۱۵-۲٥/٤/۱٥ چنین اظهار نظر کرده است:

«... مقتضای اختیار ازدواج زن قبل از رسیدن به بلوغ قانونی، که عبارت از ۱۸ سال تمام باشد، آن است که زمام امور مربوط به ازدواج نیز به اختیار او باشد: به این معنی که، اگر بین او و شوهر نزاع و خصومتی که ناشی از امر ازدواج است رخ دهد، اعم از حقوقی و جزائی و اعم از اینکه زن مدعی باشد و یا مدعی علیه، به هر حال طبیعت اختیار در تسبیب سبب ملازم با داشتن اختیار در کلیهٔ خواص و آثار ناشیه از آن خواهد بود و این امر از مسلمات غیر قابل تردید می‌باشد که اذن در شیئی اذن در لوازم آن خواهد بود».

«بنابراین اصل ثابت و مسلم، می‌بایست چنانچه دعوایی بین زن و شوهر، که منشأ آن عقد نکاحی بوده که به اختیار خود او صورت گرفته، حق دعوا و دفاع از آن نیز باو داده شود و روی همین قاعده نمی‌بایست در دعوای زوج بزوجه، قبل از رسیدن به رشد قانونی، به سایر دعاوی معطوف شده و زن طرف دعوا شناخته نشود...» (موازین قضایی از خرداد ۱۳۰۶ تا اسفند ۲۷، گردآوری موسی شهیدی، ش ۹٤، ص ٤۳).

۲. برعکس، شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان در پرونده‌های شمارهٔ ۱٦۱/۳۹ و ۳۱۳/۳۹ رأی داده است:

«نظر به اینکه به موجب مستنبط از شق ۱ مادهٔ ۱۹۸ و مادهٔ ۲۰۰ قانون آئین دادرسی مدنی، اقامهٔ دعوی و دفاع از آن مستلزم داشتن اهلیت لازم برای سایر اعمال حقوقی است و محجورین، اعم از صغیر و سفیه و مجنون، به هیچ عنوان حق دخالت در دادرسی را ندارند و نمایندهٔ قانونی آنها باید طرف دعوی قرار گیرد و در محاکمات شرکت کند».

«نظر به مفاد مادهٔ ۱۲۰۹ قانون مدنی، که تمام کسانی را که دارای هیجده سال تمام نیستند در حکم غیر رشید دانسته، و بنابراین اصولاً قبل از بلوغ به سن مذکور هیچ صغیری اهلیت دفاع از حقوق خود را ندارد و تحت ولایت یا قیمومیت خواهد بود».

«نظر به اینکه بلوغ مخصوص ازدواج، که در مادهٔ ۱۰٤۱ قانون مدنی و در زیر عنوان (قابلیت صحی برای ازدواج) برای اناث مقرر شده، و همچنین معافیت از شرط سن پیش‌بینی شده در آن مخصوص انعقاد و لوازم ضروری زندگی زناشویی است و به هیچ وجه نمی‌تواند این استثنا به سایر موارد سرایت پیدا کند».

«نظر به اینکه قابلیت صحی زوجه برای تمکین با اهلیت دفاع از دعوای تمکین قابل قیاس نیست، زیرا دفاع از دعوی و موجه ساختن علت عدم تمکین و رد ادعای خواهان و بالنتیجه رعایت تشریفات آئین دادرسی مدنی و بیان حقایق ماهوی قضیه از اموری نیست که بتواند بر عهدهٔ صغیری که فقط برای اصل تمکین قابلیت صحی دارد قرار گیرد، و به اضافه منطقاً ارتباط و ملازمه ای بین عمل ماهوی تمکین و دفاع قانونی از دعوی زوج وجود ندارد، تا از این

جهت نیز بتوان اذن قانون را در امکان انعقاد نکاح شامل اجازهٔ دفاع از دعوای تمکین دانست...»

«... دعوای تمکین به طرفیت شخص نامبرده قابل استماع و جریان نیست و به استناد مادهٔ ۲۰۰ قانون آئین دادرسی مدنی قرار رد دعوا صادر و اعلام می‌شود...»

همین نظر به طور اجمال در متن اصلی درس پذیرفته شده است، زیرا نه تنها با اصول حقوقی سازگارتر به نظر می‌رسد، حمایت از حقوق صغیر را نیز آسان‌تر می سازد.

باید افزود که پاره‌ای از نویسندگان (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، شمارهٔ ۲۲ ببعد)، در تفسیر مادهٔ واحده مصوب ۱۳۱۳/۶/۱۳ که زیر عنوان «قانون راجع به رشد متعاملین» به تصویب رسیده است اظهار نظر کرده اند که در این قانون برای زن و مردی که به سن پانزده سال تمام رسیده‌اند، در مورد نکاح و طلاق، فرض رشد شده است و مادهٔ ۱۰۲۹ قانون مدنی که عام مؤخر است این قاعده را، که ویژهٔ نکاح و طلاق است، نسخ نمی کند. از سوی دیگر، چون مادهٔ ۲۳ قانون حمایت خانواده نیز ناظر به قابلیت صحی ازدواج است، پس فرض رشد مقرر در قانون ۱۳۱۳ هنوز به جای خود باقی است. آقای دکتر جعفری از این تحلیل خود چنین نتیجه گرفته است که «فرض رشد برای زن و مرد در سن ۱۵ سال تمام به موجب مادهٔ واحده ۱۳۱۳/۶/۱۳ در مورد عقد نکاح و طلاق این اثر را دارد که هر گاه پس از این سن عقد نکاح (به هر حال) واقع شود از نظر مطالبهٔ مهر و نفقه و مسائل مالی زوجین (که ناشی از نکاح باشد) مسئلهٔ حجر زوجین دست‌وپاگیر نخواهد بود. زیرا آنان به فرض قانون در امر نکاح و طلاق و لوازم آنها رشید محسوب هستند و به دخالت ولی نیاز ندارند».

برای آسان‌تر کردن فهم مطالب، به عنوان مقدمه، متن قانون راجع به رشد متعاملین را مطالعه می‌کنیم:

مادهٔ واحده: «از تاریخ اجرای این قانون، در مورد کلیهٔ معاملات و عقود و ایقاعات باستثنای نکاح و طلاق، محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال شمسی تمام نرسیده‌اند، اعم از ذکور و اناث، غیررشید بشناسند، مگر آنکه رشد آنها قبل از اقدام به انجام معامله یا عقد و یا ایقاع به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت شده باشد.

اشخاصی که به سن ۱۸ سال شمسی تمام رسیده‌اند در محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی رشید محسوب می‌شوند. مگر این که عدم رشد آنها به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت گردد.

مناط تشخیص سن اشخاص اوراق هویت آنها است، مگر آن که خلاف آن ثابت شود.»

این قانون، چنان که از عنوان و مفاد آن آشکارا فهمیده می‌شود، ناظر به معاملات و عقود و ایقاعات دیگر، جز نکاح و طلاق، است. بنابراین، چگونه می‌توان ادعا کرد که در آن برای زن و مرد ۱۵ ساله در مورد نکاح و طلاق فرض رشد کرده است؟ بر فرض هم که چنین ادعایی درست باشد، سرایت دادن این حکم استثنایی به دعاوی خانوادگی در صورتی امکان دارد که پذیرفته شود اهلیت داشتن برای نکاح مستلزم داشتن رشد برای شرکت در این دعاوی است، در حالی که وجود ملازمه بین اهلیت نکاح و اهلیت اقامهٔ دعوا و دفاع از دعاوی خانوادگی عین ادعا است. مادهٔ واحده، اهلیت مربوط به نکاح و طلاق را تابع قواعد خاص خود قرار داده است و این قاعدهٔ خاص در حقوق کنونی نسبت به نکاح مادهٔ ۲۳ قانون حمایت خانواده است.

در وضع کنونی، که امارهٔ رشد از بین رفته و سنی برای آن تعیین نشده است، باید پذیرفت که زناشویی ملازمه با ایجاد رشد ندارد و آثار کم و بیش مالی اقامهٔ دعوا و لزوم داشتن اهلیت کامل برای این اقدام مانع از این است که آنان بتوانند به طور مستقل در دعاوی شرکت کنند[1].

---

۱. رک: همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، قرائت و تمرین(۱۰).

مبحث دوم : موانع نکاح

۵۷. تعریف و شمار موانع:

موانع نکاح اموری است که با وجود آنها نکاح بین زن و مرد امکان ندارد، هر چند که شرایط اساسی عقد نیز موجود باشد.

این موانع عبارتند از: ۱) قرابت۲) شوهر داشتن و استیفای عدد ۳) عِدّهٔ زن ٤) طلاق بار سوم و نهم ٥) کفر ٦) احرام ۷) لعان ۸) خارجی بودن.

گفتار نخست : قرابت

۵۸. انواع محارم:

در مقدمهٔ این کتاب دیدیم که قرابت ممکن است نسبی یا سببی یا رضاعی باشد. قرابت، به هر صورت که باشد، در نکاح ایجاد حرمت می‌کند. منتها، چون همهٔ خویشان بر یکدیگر حرام نیستند، باید محارم نسبی و سببی و رضاعی را به‌طور جداگانه مطالعه کرد:

۵۹. محارم نسبی:

منع نکاح با خویشان نسبی، نه تنها امروز به عنوان قانون طبیعی و مسلم پذیرفته شده است، در بیشتر اقوام پیشین نیز مورد قبول بوده است. یونانی‌ها و رومی‌ها ازدواج با خویشان نسبی، به ویژه در خط مستقیم، را مباح نمی‌شمردند. مذهب مسیح نیز این منع را گسترش داد، و نکاح تا درجه هشتم را جایز ندانست.[1]

در اسلام، نکاح با خویشان به حد اعتدال منع شده و قانون مدنی به طور کامل از آن پیروی کرده است (آیهٔ ٢٦ و ٢٧ از سورهٔ نسا) . برای این منع سه دلیل گوناگون آورده شده است:

الف. از نظر روانی: مشهور شده است که کودکان ناشی از این‌گونه زناشویی‌ها گنگ و دیوانه و مبتلا به صرع می‌شوند و گاه نیز زنده نمی‌مانند. همخونی سبب

---

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۹۳۰ – پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش. ۱۱ – کاربونیه، ج ۱، ش ۱۰۳، ص ۳۴۰.

می‌شود که نسل رفته رفته ناتوان و نژاد پست گردد و بیماری‌های ارثی نیز در خانواده ریشه کند. به اضافه، تمایل جنسی در بین کسانی که با هم به سر می‌برند بسیار ضعیف است و عشقی که باید پایهٔ کانون خانوادگی باشد وجود ندارد.

ب. از نظر اخلاقی: اگر زناشویی بین کسانی که با هم به سر می‌برند ممکن باشد، نظم در خانواده از بین می رود. ننگ نزدیکی با محارم و جلوگیری از ازدواج آنان سبب می‌شود که اعضای خانواده به عنوان همکار و مددکار باهم روبرو شوند و به دیدهٔ هوس به هم ننگرند.

ج. از نظر اجتماعی: نکاح با خویشان نزدیک از اجتماعی شدن اشخاص جلوگیری می‌کند و تعصب‌های خانواده‌ای و قبیله ای را رونق می‌بخشد. ایجاد چنین گروه‌هایی سبب می شود که انسان‌دوستی و محبت به همنوع جای خود را به کوتاه فکری و خودبینی بدهد.

به هر حال، به موجب مادهٔ ۱۰٤۵ قانون مدنی: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد[1] :

۱. نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا رود؛

۲. نکاح با اولاد هر قدر که پائین رود؛

۳. نکاح با برادر و و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پائین رود:

٤. نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات».

نکته ای که در این ماده نیاز به توضیح دارد این است که، قانونگذار خویشی حاصل از شبهه و زنا را نیز از موانع نکاح شمرده است. پس، باید دید تفاوت شبهه و زنا در چیست، و چگونه این روابط نامشروع می‌تواند خویشاوندی به وجود آورد؟

زنا رابطهٔ نامشروع بین زن و مردی است که به حرمت کار خود آگاهند و دانسته به قوانین تجاوز می‌کنند. ولی، نزدیکی به شبهه رابطه‌ای است نامشروع که به پندار زن یا مرد یا هر دوی آنها مشروع است: یعنی زن و مرد به سبب جهل به قانون یا اشتباه در هویت طرف خود، رابطهٔ نامشروعی دارند که به اعتقاد خودشان مشروع است: برای مثال، مردی که از میزان عدهٔ طلاق آگاه نیست، در مدت عده بدین پندار که زن آزاد

---

۱. حرمت ناشی از زنا قول مشهور در فقه امامیه است . ولی شیخ مفید و سید مرتضی و صدوق و سلار و ابن ادریس با آن مخالفند: علامهٔ حلی ، مختلف، ص ۵۲۲.

است با او نکاح می کند. در این صورت زواج باطل است، ولی رابطهٔ بین آنها در حکم زنا نیست. قانونگذار حسن نیت ایشان را محترم می‌شمرد و اطفال ناشی از این رابطه را در حکم اطفال مشروع می‌داند.

مقصود مادهٔ ۱۰۴۵ قانون مدنی این است که، در اثر شبهه و زنا نیز رابطه‌ای به وجود می‌آید که، از جهت ایجاد حرمت و مانعیت، در حکم خویشاوندی مشروع است. برای مثال، فرزندی که از رابطهٔ نامشروع زن و مردی به وجود آمده است، از لحاظ حرمت نکاح، مانند فرزند مشروع آنهاست و نمی تواند با پدر و مادر خود و فرزندانشان (که خواهر وبرادر طبیعی او هستند) نکاح کند، و همچنین است با سایر خویشاوندان نسبی[1].

۶۰. محارم سببی:

محارم سببی کسانی هستند که، به لحاظ وجود قرابت سببی، نکاح با آنها حرام است. دلایلی که از نظر اخلاقی و اجتماعی برای منع نکاح با خویشان نسبی آوردیم، در مورد نزدیکان سببی نیز وجود دارد. امکان زناشویی با خویشاوندان همسر نیز نظم خانواده را مختل می‌سازد و از گسترش خانواده ها و پرورش عاطفهٔ نوع دوستی جلوگیری می‌کند. به همین جهت، در قوانین کنونی خویشان نزدیک همسر را به دیدهٔ اقوام نسبی می‌نگرند و نکاح با آنان را مجاز نمی‌شمرند. این محارم را به دو گروه اصلی می توان تقسیم کرد:

الف. کسانی که نکاح با آنها در هر حال و برای همیشه حرام است، هر چند که زن و شوهر نیز از هم جدا شوند:

مطابق مادهٔ ۱۰۴۷ قانون مدنی: «نکاح بین اشخاص ذیل به واسطهٔ مصاهره ممنوع دائمی است:

۱. بین مرد و مادر و جدات زن او، از هر درجه که باشد، اعم از نسبی و رضاعی؛

۲. بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر و یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است، هر چند قرابت رضاعی باشد؛

---

۱. علامهٔ حلی ، تذکره ، ج ۲، کتاب نکاح.

۳. بین مرد با اناث از اولاد زن، از هر درجه که باشد ولو رضاعی، مشروط بر این که بین زن و شوهر زناشویی واقع شده باشد».

حکم قانون روشن است، جز اینکه قانونگذار اقربای رضاعی را نیز از حیث مانعیت نکاح در حکم خویشان نسبی دانسته است، و ما پیش از این معنی قرابت نسبی و شرایط ایجاد آن را دیده ایم و محارم رضاعی را نیز بار دیگر مطالعه خواهیم کرد.

در محارم سببی نیز حکم زنا و شبهه مانند اقربای نسبی است: یعنی، اگر کسی با زنی به شبهه یا زنا نزدیکی کند، آن زن از جهت ایجاد حرمت در حکم زوجهٔ او است و بنابراین نمی تواند با مادر یا دختر آن زن ازدواج کند، و همچنین پسر این مرد حق نکاح با زن را (که در حکم زوجهٔ پدراوست) ندارد.

باید دانست که نزدیکی به شبهه و زنا قرابت واقعی به وجود نمی‌آورد و به همین دلیل، اگر بعد از نکاح کسی با مادر یا دختر زن خود رابطهٔ نامشروع برقرار کند، این رابطه، عقد نکاح سابق را از بین نمی‌برد؛ چنان که در مادهٔ ۱۰۵۵ قانون مدنی آمده است: **«نزدیکی به شبهه و زنا، اگر سابق بر نکاح باشد، از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است، ولی مبطل نکاح سابق نیست».**

با وجود این، اگر نکاح به دلیلی اعم از طلاق یا فسخ منحل شود، ازدواج دوباره ممکن نیست. زیرا، در مورد این زناشویی، نزدیکی به شبهه یا زنا سابق بر نکاح محسوب می‌شود، اما، اگر سبب انحلال طلاق رجعی باشد و طرفین در عده رجوع کنند، اشکالی باقی نمی‌ماند، زیرا رجوع به نکاح سابق شده است و همان پیمان دوباره اجرا می‌شود.

ب: **نکاح با کسانی که جمع بین آنها ممنوع است:** در حقوق ما، چون مرد می‌تواند، هر چند به‌طور استثنایی، زنان متعدد بگیرد، نکاح با پاره‌ای زنان به خاطر جمع شدن با زنان دیگر، ممنوع شده است. این محدودیت‌ها عبارتند از:

۱. **نکاح با دو خواهر:** به موجب مادهٔ ۱۰٤۸ قانون مدنی: **«جمع بین دو خواهر ممنوع است، اگر چه به عقد منقطع باشد.»** پس، اگر مردی با دختری ازدواج کند، تا زمانی که این نکاح منحل نشده است، حق زناشویی با خواهر او را ندارد؛ و اگر مردی با دو خواهر ضمن یک عقد نکاح کند، نکاح هر دو باطل است.

۲. نکاح با برادرزاده و خواهرزادهٔ زن: طبق مادهٔ ۱۰٤۹ قانون مدنی: **«هیچ کس نمی‌تواند دختر برادر زن یا دختر خواهر زن خود را بگیرد، مگر با اجازهٔ زن خود»**[1]. پس، نکاح در این مورد باطل نیست، ولی نفوذ آن منوط به رضای زوجهٔ سابق است: بدین معنی که اگر او عقد را تنفید کند، از ابتدا اثر حقوقی دارد و اگر آن را رد کند باطل می‌شود.

در مورد لزوم اذن عمه و خاله تفاوتی بین عقد دائم و منقطع نیست، خواه عمه و خالهٔ زن منقطع باشند یا هدف این باشد که برادرزاده یا خواهرزاده برای مدت معین عقد شوند.[2]

باید دانست که منع مادهٔ ۱۰٤۹ ویژهٔ موردی است که مرد ابتدا با عمه یا خاله ازدواج کند. ولی، اگر مردی بخواهد با عمه یا خالهٔ زن کنونی خود نکاح کند، نیازی به اجازهٔ او ندارد. همچنین یادآوری این نکته لازم است که، اگر نکاح با خواهر یا عمه و خاله به طلاق رجعی منحل شده باشد، تا زمانی که عده سپری نشده است، این منع باقی است و شوهر نمی‌تواند در زمان عده، خواهر زن یا برادرزاده و خواهرزادهٔ او را بگیرد.

٦۱. محارم رضاعی:

دیدیم که، مادهٔ ۱۰٤٦ قانون مدنی، قرابت رضاعی را از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی دانسته و در مادهٔ ۱۰٤۷ قرابت رضاعی را در ردیف خویشی آورده است (یحرم بالرضاع ما یحرم بالنسب)[3]، ولی در هیچ یک از آنها محارم رضاعی را به شیوهٔ محارم نسبی و سببی نشمرده است.

دربارهٔ دلیل این حرمت گفته شده است که شیرخوارگی در زمان کودکی ایجاد همخونی می‌کند. در این دوره، هنوز اندام‌های بدن طفل کامل نیست. پس، اگر از

---

۱. این نظر مشهور در فقه امامیه است و برای دیدن مبانی اختلاف رک: علامهٔ حلی، مختلف، ص ۵۲۷ و ۵۲۸.

۲. محقق قمی، جامع الشتات، ص ٤۷٤.

۳. یا «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»: برای مطالعه در باب رضاع ، رجوع شود به کتب فقه امامیه، به ویژه، شیخ مرتضی انصاری، رسالهٔ رضاع، ضمیمهٔ مکاسب ص ۳۷٦ به بعد- بلغة الفقیه، نوشتهٔ سید محمد آل بحر العلوم، ج ۳، نجف ۱۳۹٦، ص ۱۲۱ به بعد- جواهر الکلام، ج ۲۹ ، ص ۲٦٤ – مسالک الافهام، ج ۱، ص ٤٦٤ به بعد – سبزواری، کفایه ، ص ۱۵۸ به بعد.

شیرزنی تغذیه کند، از نظر همخونی مانند فرزند او خواهد شد و همان معایبی که در زناشویی با خویشان نسبی وجود دارد، در این مورد نیز به بار می‌آید.[۱]

این دلیل قاطع نیست، زیرا اگر همخونی دلیل این حرمت باشد، باید در صورتی هم که شیرزنی برای طفل فرستاده می شود این اثر را داشته باشد، در حالی که قانون مدنی یکی از شرایط ایجاد قرابت رضاعی را «خوردن شیر درآغوش زن» قرار داده است. پس، باید گفت چون از دیرباز کودکی را که در آغوش زنی شیر می‌خورده است مردم به دیدهٔ فرزند او می‌نگریستند، اسلام این اخلاق اجتماعی را محترم شمرده و کودک را در حکم فرزند زن قرار داده است و قانون مدنی نیز آن فرض حقوقی را از فقه گرفته است.

به هر حال، با ضوابطی که درقرابت رضاعی به دست دادیم، تشخیص محارم رضاعی مشکل مهمی به وجود نمی‌آورد، ولی برای آسان کردن موضوع توجه به چند نکته مفید است:

الف: در مقام اعمال قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۱۰٤٦ بر طبقات محارم نسبی، محارم رضاعی را بدین شرح می‌توان معین کرد:

۱. پدر و مادر و اجداد و جدات رضاعی، هر قدر که بالا برود.

۲. اولاد رضاعی هر قدر که پائین برود.

۳. برادر و خواهر رضاعی و اولاد آنها، هر قدر که پائین برود.

٤. عمات و اعمام و اخوال و خالات رضاعی خود و پدر و مادر و اجداد و جدات.

ب: تمام کسانی که به سبب خویشی نسبی با یکی از زن یا شوهر، بر همسر او حرام هستند، به دلیل قرابت رضاعی نیز بر او حرام خواهند بود. بنابراین، همان گونه که شخص با مادر زن خود نمی‌تواند نکاح کند، بر مادر رضاعی او نیز حرام است، و همچنان که شخص با عروس خود حق ازدواج ندارد، زن سابق پسر رضاعی خود را نیز نمی‌تواند بگیرد. به همین ترتیب، مرد حق ندارد با دختر رضاعی زن یا همسر پدر رضاعی خود نکاح کند.

ج: قرابت رضاعی تنها بین زن و طفل به وجود نمی‌آید. اگر دو کودک، با رعایت شرایط مادهٔ ۱۰٤٦، از شیر یک زن بخورند، با هم خواهر و برادر رضاعی می‌شوند و

---

۱. محمد ابوزهره، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، ص ۱۱۳.

نمی‌توانند باهم ازدواج کنند. این حکم از مفهوم مخالف بخش اخیر مادهٔ ١٠٤٦ قانون مدنی نیز به خوبی برمی‌آید.

د: همان گونه که شیرخوردن پیش ازنکاح مانع از صحت آن می‌شود، بعد از وقوع نکاح نیز در آن مؤثر است و نکاح سابق را باطل می‌کند[۱].

٦٢. تفسیر محدود قانون مدنی در محارم رضاعی:

چنان که گفته شد، قرابت رضاعی «فرض حقوقی» است که هدف آن ایجاد حرمت در نکاح بر پایهٔ احترام به سنت‌های اجتماعی است. پس، در اجرای آثار این «فرض» بایستی از افراط پرهیز کرد و حرمت رضاعی را استثنایی بر قواعد عمومی دانست. در نتیجه، حرمت رضاعی محدود به اشخاصی است که، پس از تطبیق مادهٔ ١٠٤٦ با محارم نسبی، از قانون مدنی استنباط شد و این دایره را نباید به قیاس و تشبیه گسترد. برای مثال، فرض کنیم پسری از شیرزنی با شرایط خاص بخورد. این زن مادر رضاعی اوست و اگر دختر دیگری نیز از شیر زن خورده باشد خواهر رضاعی او می شود و شوهر زن پدر رضاعی او... ولی، نباید ادعا کرد که، چون این زن مادر رضاعی طفل است به منزلهٔ مادر رضاعی برادر او نیز هست و به همین ترتیب دختران رضاعی نیز همه در حکم خواهران رضاعی او هستند یا شوهر زن پدر رضاعی این برادر نیز محسوب است.

این توسعه، نه تنها با ظاهر قانون مدنی منافات دارد، اجرای مواد آن را دشوار می‌سازد و فروعی پیش می‌آورد که اخلاق عمومی و منطق سلیم در زمان ما آن را نمی‌پذیرد. برای نمونه، اگر زنی برادر شوهر خود را شیر دهد باید مادر رضاعی شوهرش نیز به حساب آید و بر او حرام گردد، یا اگر مادر زنی نوهٔ خود را شیر دهد، چون این نوه دختر رضاعی او می شود، مادر طفل نیز خواهر رضاعی او به شمار می‌رود، یعنی مثل این است که مرد با خواهر رضاعی فرزند خود نکاح کرده است و به همین جهت نکاح آن دو منفسخ می‌شود.

برای پرهیز از این نتایج، همان گونه که پاره‌ای از استادان گفته اند، نباید مادر رضاعی شخص را به منزلهٔ مادر رضاعی برادر او دانست یا اگر زنی نوه‌اش را شیر دهد،

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، همان رساله، مکاسب، ص ۳۸۷ - علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح.

دختر او به منزلهٔ خواهر رضاعی نوه‌اش نیست.[۱]

گفتار دوم : شوهر داشتن و استیفای عدد[۲]

الف : موانع مربوط به زن شوهردار

۶۳. نکاح با زن شوهردار

زن شوهردار نمی‌تواند ازدواج کند و نکاح او، خواه طرفین آگاه از این مانع یا جاهل به آن باشند، باطل است. ضمانت اجرای تخلف از این شرط تنها بطلان نکاح نیست؛ در پاره‌ای موارد ازدواج با زن شوهردار ایجاد حرمت ابدی بین آن دو خواهد کرد. پس، باید موارد زیر را جداگانه مورد توجه قرار داد:

۱. در مورد بطلان نکاح، حکم قانون مطلق است و در هیچ صورت تخلف از آن امکان ندارد. پس، اگر مردی ندانسته با زن شوهردار نکاح کند و زن نیز به گمان مرگ شوهر خود به ازدواج دوم رضا داده باشد، این نکاح باطل است و رابطهٔ بین آن دو تابع قواعد نزدیکی به شبهه خواهد بود.

۲. دربارهٔ ایجاد حرمت ابدی، باید بین موردی که دو طرف یا یکی از آنها عالم به وجود رابطهٔ زوجیت و حرمت نکاح بوده‌اند، با موردی که هر دو نفر از وجود آن رابطه یا حرمت اطلاع نداشته‌اند تفاوت گذارد:

در فرض نخست، قانونگذار سوء نیت طرفین و تجاوز عمدی به قانون را مکافات شایسته کرده و آن را از موانع ابدی نکاح قرار داده است: یعنی، اگر مردی به عمد با زن شوهردار ازدواج کند و بطلان این رابطه از طرف دادگاه اعلام شود، و پس از آن نکاح زن با شوهرش به سببی (مانند طلاق یا فوت) منحل شود، باز هم او نمی‌تواند با چنین زنی نکاح کند.

---

۱. دکتر حسن امامی، ج ٤، ص ۳۱۱ به بعد- این توسعه و تشبیه را فقهای امامیه «عموم منزله» می نامند. در کتاب نکاح جامع الشتات میرزا قمی، در پاسخ این سئوال که، منزله را در رضاع اعتبار می‌فرمایند؟ چنین آمده است: «اظهر عدم منزله است بلی اعتبار احوط است» (ص ٤۲۵).

۲. این اصطلاح را فقهای امامیه و از جمله محقق در شرایع و علامه در تذکره بـه کـار بـرده‌انـد (ج ۲، نکـاح) و مقصود نکاح با حداکثر تعدد زنانی است که در شرع اجازه داده شد.

در فرض دوم، هرگاه نکاح پیش از نزدیکی زن و مرد ابطال شود، حرمت ابدی ایجاد نخواهد شد. بنابراین، در مثال سابق، زن می‌تواند پس از جدایی از شوهر خود، با این مرد دوباره ازدواج کند. ولی، اگر نزدیکی بین زن و مرد واقع شود، درهر حال اثر آن ایجاد حرمت ابدی است (مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ ق.م.).

٦٤. نکاح با زنی که در عدهٔ دیگری است:

پس از انحلال نکاح، زن باید مدتی از شوهر کردن دوباره خودداری کند. این مدت را در اصطلاح حقوقی، «عده» می‌نامند (مادهٔ ۱۱۵۰ ق.م.). احکام عده و مدت آن را در انحلال نکاح خواهیم دید. در این جا، همین اندازه باید دانست که، قانونگذار زنی را که عده‌اش تمام نشده است، از حیث مانعیت نکاح در حکم زن شوهردار می‌داند. به همین جهت، مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی تمام احکام نکاح با زن شوهردار را دربارهٔ ازدواج با زنی که در عده است اجرا کرده، خواه عدهٔ طلاق رجعی باشد یا بائن یا عدهٔ وفات و اعم از اینکه نکاح دائمی باشد یا منقطع یا نزدیکی به شبهه سبب نگهداری عده شود[1].

باید افزود که منع قانونگذار ازنکاح زنی که در عده است ناظر به موردی است که زن بخواهد شوهر دیگری انتخاب کند، وگرنه ازدواج چنین زنی با شوهر پیشین خود مانعی ندارد.

با وجود این، هر گاه زن در عدهٔ طلاق رجعی باشد، چون دست کم در حکم زوجهٔ شوهرسابق است، ازدواج دوبارهٔ آن دو رجوع ازطلاق به شمار می آید نه ازدواج جدید.

٦٥. زنای با زن شوهردار:

به موجب مادهٔ ۱۰۵٤ قانون مدنی: **«زنای با زن شوهردار یا زنی که در عدهٔ رجعیه است موجب حرمت ابدی است»**. اگر زن شوهرداری با مردی رابطهٔ نامشروع داشته باشد، پس از جدایی از شوهر خود نیز نمی‌تواند با آن مرد نکاح کند.

---

۱. «من تزوج امرأة فی عدتها، بائنة کانت او رجعیة او عدة وفاة او عدة شبهة، ولعله غلب علیها اسم البائنة عالما بالعدة و التحریم بطل العقد و حرمت علیه ابداً و لا فرق بین العقد الدائم و المنقطع ... (شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ سربی، ج ۵، ص ۱۹۷) و برای تأیید آن رجوع شود به ، مسالک الافهام، ج ۱، ص ٤٧٦ و اطلاق عبارت خبر زراره و دیگران از معصوم: سید مرتضی، الانتصار، ص ۵۹.

پس از طلاق نیز، اگر زن در عده‌ای باشد که مرد حق رجوع به نکاح را دارد، در حکم زوجهٔ مرد است (شق ۲ مادهٔ ۸ قانون امور حسبی) و بنابراین زنای با او نیز در حکم زنای با زن شوهردار است و ایجاد حرمت ابدی می‌کند.

زنای با زن شوهردار را «زنای محصنه» و زنی را که در عدهٔ رجعی مردی است در اصطلاح «مطلقهٔ رجعیه» می‌گویند.

مفهوم مخالف مادهٔ ۱۰۵٤ قانون مدنی این است که زنا با زنی که در عدهٔ طلاق بائن یا وفات است حرمت ابدی ایجاد نمی‌کند و حکم مخصوص عدهٔ رجعی است. تفاوت این حکم با آنچه در مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ گفته شد به نظر منطقی نمی‌آید. زیرا، چرا باید نکاح با زنی که در عدهٔ وفات یا طلاق بائن است، به خاطر تجاوز به قانون، حرمت به وجود آورد، ولی زنای با چنین زنی، هر چند که با اطلاع از وجود عده انجام گرفته باشد، هیچ اثری به بار نیاورد؟

ممکن است استدلال شود که در طلاق رجعی، چون تا پایان عده رابطهٔ زوجیت به کلی بریده نشده است، زنای با چنین زنی در حکم زنای با زن شوهردار است و حرمت ابدی به وجود می آورد. ولی، درطلاق بائن پیوند زناشویی به کلی قطع شده و زن نسبت به شوهر سابق خود بیگانه است، پس جای شگفتی نیست اگر قانون زنای با چنین زنی را موجب حرمت ابدی نداند. لیکن، همین استدلال را دربارهٔ نکاح با این زن می‌توان کرد و امتیاز این دو مورد به هیچ منطقی استوار نیست.

این تعارض نابجا در موردی که زن و مرد جاهل به وجود عده و حرمت نکاح هستند، نمایان‌تر است. زیرا، در این حالت نزدیکی بین زن و مرد است که حرمت ابدی ایجاد می‌کند نه نکاح. پس، این پرسش به میان می‌آید که چه تفاوتی بین این نزدیکی و زنا وجود دارد که سبب شده است یکی بدون مکافات بماند و دیگری حرمت ابدی به‌وجود آورد؟ اگر تفاوتی هم به نظر برسد، بی تردید از نظر شدت زشتی زنا است، در حالی که قانونگذار آن را ندیده گرفته است.[1]

---

۱. این ماده نیز، مانند مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ ، از فقه گرفته شده است و شهید ثانی در مسالک، پس از بیان حکم که اختصاص به عدهٔ رجعی یافته، برای توجیه آن می‌گوید « ولایلحق به الزنا بذات العدة البائنة و عدة الوفاة للاصل» (ج ۱، ص ٤٨٧).

٦٦. منع ناشی از رابطهٔ نامشروع با پسر:

به موجب مادهٔ ۱۰۵۵ قانون مدنی: «**اگر کسی با پسری عمل شنیع کند نمی‌تواند مادر یا خواهر یا دختر او را تزویج کند**». این منع جنبهٔ اخلاقی و اجتماعی دارد. قانونگذار چنین نکاحی را پایدار نمی‌بیند و از ابتدا آن را منع کرده است.[1]

ب: نکاح مردی که زن دارد

٦٧. استیفاء عدد:

دربارهٔ اختیار مرد نسبت به نکاح با زنان متعدد، حقوق ما در سالهای اخیر تحولات گوناگون یافته است. به اجمال می توان گفت که تغییر قوانین همیشه در جهت محدود ساختن مرد بوده و اخلاق عمومی نیز در این تحول با قوانین همگام بوده است. ولی، برای فهمیدن موقعیت کنونی این نهاد حقوقی، مطالعهٔ سیر تحول آن ضروری به نظر می‌رسد:

در قانون مدنی موادی وجود دارد که به اجمال می رساند که مرد می‌تواند زنان متعدد بگیرد (مواد ۹۰۰ و ۹۰۱ و ۹٤۲). در قانون حدود اختیار مرد معین نشده است، ولی عرف و عادت مسلم (که ریشهٔ مذهبی دارد) در مورد نکاح دائم بیش از چهار زوجه را جایز نمی‌شمرد. بنابراین، مردی که چهار زن را در نکاح دائم خود دارد، نمی‌تواند برای بار پنجم با زنی به طور دائم ازدواج کند.[2]

در این مورد نیز، زنی که در عدهٔ طلاق رجعی است (یعنی در عده‌ای است که مرد می‌تواند به نکاح رجوع کند) در حکم زوجهٔ مرد به شمار می‌رود. پس اگر مردی چهار زن داشته باشد و یکی از آنها را به طلاق رجعی رها کند، تا زمانی که عدهٔ او سپری نشده است، حق نکاح مجدد را نخواهد داشت.

---

۱. سیدمرتضی، الانتصار، ص ٦۰.

۲. در این مورد مسلمانان اتفاق نظر دارند، چندان که می توان گفت، منع نکاح با بیش از چهار زن که از قرآن (آیهٔ ۳ از سوره نساء) استفاده می‌شود از ضرورت‌های دین است: کنزالعرفان، ص ۱۴۱ – ریاض، ج ۲، نکاح – مسالک، ج ۱، ص ۴۸۸ – جواهر، ج ۳۰، ص ۲ به بعد – المغنی، ج ۷، ش ۵۲۳.

۶۸. نکاح منقطع:

چنان که گفته شد؛ منع نکاح دائم با بیش از چهار زن مخالفی در اسلام ندارد و به طور قطع می توان سکوت قانون مدنی دربارهٔ شمار زنان یک مرد را با این حکم شرعی جبران کرد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی). ولی، دربارهٔ نکاح منقطع، اختلاف است و این سؤال را مطرح می کند که آیا مرد آزاد است هر چند زنی را که می‌خواهد به طور صیغه در نکاح خود داشته باشد یا در این باره نیز محدود است و شمار زنان او، اعم از دائم و منقطع، نمی‌تواند از چهار تجاوز کند؟ به بیان دیگر، آیا زن صیغه نیز در محاسبهٔ چهار نکاح مباح منظور می‌شود یا این چهارچوب ویژهٔ نکاح دائم است؟

نظر مشهور درفقه امامیه این است که مرد در مورد نکاح منقطع محدود به چهار زن نیست و حتی بعضی مدعی اجماع نیز شده‌اند[1]. ولی، باید دانست که بزرگانی از فقها نیز با آزادی مرد مخالفت کرده‌اند و به استناد ظاهر قرآن (آیهٔ ۳ از سورهٔ نساء) و اخبار رسیده از معصوم مرد را در مجموع زنان صیغه و دائم خود محدود به چهار دانسته‌اند[2]. یا برای جمع بین اخبار، دست کم تجاوز از چهار زن را مکروه شمرده‌اند.[3]

مشهورترین طرفدار محدود بودن نکاح، شهید ثانی است که اخبار مورد استناد مخالفان را ضعیف و دارای سند مجهول می‌داند و نتیجه می گیرد که: «اثبات چنین حکمی (محصور نبودن متعه) که مخالف آیهٔ شریفه و اجماع باقی علمای اسلامی است، دشوار به نظر می‌رسد». این فقیه پرهیزکار و تیز بین، در نقد نظر شهید اول که به اصل

---

۱. فاضل مقداد: کنزالعرفان، ج ۲، ص ۱۴۲؛ نضد القواعد الفقهیه، ص ۴۱۲ – سبزواری ، کفایه ، ص ۱۶۶– سیدمرتضی، الانتصار، ص ۷۵.

۲. ابن حمزه (نقل از جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۸) – ظاهر وسیلهٔ ابن حمزه، کتاب نکاح - جوامع الفقهیه: «و یحل للحرالعقد علی اربع حرایر و الجمع بینهن دفعة لا اکثر ...» - ابن براج (نقل از : مختلف علامه، ص ۵۶۲ و شرح لمعه ج ۵، ص ۲۰۷) یاقاضی(نقل از مفاتیح الشرایع فیض کاشانی، ج ۲، ص ۲۴۷) – شهید ثانی: شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۰۶ به بعد – مسالک الافهام، ج۱، ص ۴۸۸ – قطب‌الدین راوندی، فقه القرآن، ص ۹۹ (که با نقل دو خبر از امام صادق ع: «و لعمومه بقوله ان الاقتصار فی نکاح المتعة علی اربعة اولی» و خبر دیگر: «لایحل لماء الرجل ان یجری فی اکثر من اربعة ارحام من الحرائر» به ظاهر آن را تأیید می‌کند) – شیخ بهایی در این باب می‌نویسد: «و خلاف است میانهٔ مجتهدین که آیا زیاده از چهار متعه جمع کردن جایز است یا مثل نکاح دائمی زیاده از چهار حرام است. اولی آن است که زیاده از چهار متعه جمع نکند» (جامع عباسی، ص ۳۱۸).

۳. مسالک، همان کتاب.

اباحه دربارهٔ آزادی مرد استناد کرده است، اتکای به اصل را در برابر دلایل مخالفی که وجود دارد مردود می‌شمرد و در تأیید نظر خود، گذشته از عموم قرآن مجید، اخباری از معصوم را شاهد می‌آورد که «متعه را یکی از چهار زن مباح» می‌داند.[1]

علامهٔ حلی در مختلف نیز، در نقل حکم مربوط به محصور نبودن متعه، تنها به شهرت آن اشاره می کند و فتوای صریح نمی‌دهد و این شیوه، چنان که شهید ثانی به آن توجه کرده است[2]، نشانهٔ ضعف اخباری است که اکثر فقیهان به آن استناد نموده‌اند.

در حقوق کنونی، نمی‌توان زوجهٔ موقت را در حکم «مستأجره» پنداشت و رابطهٔ حقوقی با او را در قالب عقد معوض اجاره مطالعه کرد. نکاح منقطع نیز، هر چند که احترام ودوام زواج دائم را ندارد، در هر حال نکاح است و مشروعیت و نفوذ خود را از همین عنوان می‌گیرد. پس، اگر شمار زنان مرد محدود به چهار باشد، زن موقت نیز بایستی از جملهٔ زنان به شمار آید و در استیفاء عدد مؤثر باشد. تأیید این نظر، نه تنها از زن‌بارگی و سوءاستفادهٔ هرزگان جلوگیری می‌کند، حقوق ما را با سایر مذاهب اسلامی نیز نزدیک می‌سازد و با اخلاق عمومی سازگارتراست. پس، رویهٔ قضایی نبایستی از این فواید درگذرد و منطقی را که پشتوانهٔ اعتبار آن است ندیده بگیرد و فریفتهٔ شهرت نظر مخالف شود.

٦٩. شرط اجرای عدالت:

در شرع، اجازهٔ گرفتن زنان متعدد مشروط بر این است که مرد توانایی اجرای عدالت را بین آنها داشته باشد (و ان خفتم الاّ تعدلوا فواحده). اجرای شرط در تاریخ حقوق ما تحولاتی را پیموده است که ملاحظهٔ آن ضروری به نظر می‌رسد.

قانون مدنی تشخیص این شرط را به شوهر واگذار کرده بود، و همین امر سبب سوء استفادهٔ پاره‌ای از مردان می‌شد.[3] قانون حمایت خانواده مصوب ١٣٤٦، تحقیق

---

۱. شرح لمعه، همان کتاب: صحیحهٔ احمد بن ابی نصر از ابی الحسن رضا (ع) و روایت عمار از ابی عبدالله (ع): عن المتعة، قال: هی احد الاربعه: تهذیب، ج ۷، ص ۲۵۹– الوسائل ، ج ۱۴، ص۴۸۸ (نقل از: حدائق، ج ۲۳ ، ص ۶۲۴).

۲. مسالک، همان کتاب– شرح لمعه، همان کتاب.

۳. مقصود « عدالت ظاهری» مانند تساوی در نفقه و رفتار ظاهری و قَسْم است نه محبت قلبی که بیرون از اراده و اختیار انسان است: لا یکلف الله نفساً الا وسعها.

دربارهٔ امکان اجرای عدالت و توانایی مالی مرد را به دادگاه واگذار کرد[1]. از این تاریخ دادگاه‌ها به‌ندرت چنین اجازه‌ای دادند. اخلاق عمومی نیز تعدد زوجات را ناپسند می‌شمرد و به مردی که زنان متعدد گرفته است به دیدهٔ احترام نمی‌نگرد. دشواری‌های زندگی دیگر به کسی اجازه نمی‌دهد تا در اندیشهٔ ایجاد حرمسرا افتد و مردان هوسران نیز راه‌های ساده‌تری برای تأمین نیازهای خود یافته‌اند. به همین جهت، باید دانست که، تعدد زوجات رفته رفته، به ویژه در شهرها، متروک می‌شود. اکنون دشواری در این است که با چه تمهید باید مردان را به نکاح تشویق کرد و نگرانی ناشی از زن گرفتن دوباره کاهش یافته است.

مادهٔ ١٦ قانون حمایت خانواده، مصوب ۲۳ بهمن ماه ۱۳۵۳، اجرای عدالت را برای مباح ساختن تعدد زوجات کافی ندانست. به موجب این ماده: «مرد نمی‌تواند با داشتن زن همسر دوم اختیار کند، مگر در موارد زیر:

۱. رضایت همسر اول؛
۲. عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی؛
۳. عدم تمکین زن از شوهر؛
٤. ابتلاء زن به جنون یا امراض صعب العلاج موضوع بند های ٥ و ٦ مادهٔ ٨؛
٥. محکومیت زن وفق بند ۸ مادهٔ ۸ (پنج سال حبس یا بیشتر)؛
٦. ابتلاء زن به هر گونه اعتیاد مضر برابر بند ۹ مادهٔ ۸؛
۷. ترک زندگی خانوادگی از طرف زن؛
۸ عقیم بودن زن؛
۹. غایب مفقودالاثر شدن زن برابر بند ١٤ مادهٔ ۸

در مادهٔ ۱۷همین قانون نیز، پس از لزوم ابلاغ تقاضانامهٔ مرد به همسر او، چنین آمده است: «... **دادگاه با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان تحقیق از زن فعلی و**

---

۱. به موجب مادهٔ ۱۴ آن قانون: « هر گاه مرد بخواهد با داشتن زن، زن دیگری اختیارنماید باید از دادگاه تحصیل اجازه نماید. دادگاه وقتی اجازهٔ اختیار همسر تازه خواهد داد که با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان تحقیق از زن فعلی توانایی مالی مرد و قدرت او را به اجرای عدالت احراز کرده باشد. هر گاه مردی بدون تحصیل اجازه از دادگاه مبادرت به ازدواج نماید، به مجازات مقرر در مادهٔ ۵ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ – ۱۳۱۶ محکوم خواهد شد.» همسری که در قانون به آن اشاره شد اعم از دائم و منقطع است و آزادی که مرد، به پندار بعضی در گرفتن صیغه‌های متعدد داشت، از بین رفت.

احراز توانایی مالی مرد[1] و اجرای عدالت در مورد بند ۱ مادهٔ ۱۶ اجازهٔ اختیار همسر جدید خواهد داد...»

از ظاهر قانون برمی‌آید که، دادگاه تنها در مورد نکاح با همسر دوم می‌تواند به مرد اجازه دهد و گرفتن همسر سوم و چهارم در هیچ صورت قانونی نیست. این حکم در مورد نکاح منقطع نیز اجرا می شود. زیرا زوجهٔ منقطع نیز همسر است و استثنا کردن آن به کلی فلسفهٔ وضع قانون را بر هم می‌زند. با وجود این، هرگاه تمام شرایط در دو زن نخست جمع باشد، به دشواری می‌توان شوهر را از انتخاب همسر دیگر منع کرد، به ویژه که این منع با قواعد شرع مباینت دارد.

در مورد نکاح دوم نیز، دادگاه در موارد معین در مادهٔ ۱۶ می تواند به مرد اذن دهد و در همه حال توانایی مالی مرد و، در موردی که اذن دادگاه به استناد رضایت همسر اول داده می‌شود، احراز امکان اجرای عدالت از شرایط لازم صدور آن است.

نسبت به موارد پیش بینی شده در قانون، باید افزود که این شرایط در صورتی مجوز صدور اجازه برای انتخاب همسر دوم است که هنگام صدور آن فعلیت داشته باشد: برای مثال، در مورد زنی که در گذشته از شوهر خود تمکین نمی‌کرده است ولی اکنون در حال نشوز نیست، نمی‌توان اجازهٔ گرفتن همسر دوم به شوهر داد. همچنین، به استناد اعتیادهای مضر زن در گذشته نباید به شوهر زنی که اکنون سالم است اجازه داد که همسر دیگر انتخاب کند.

سرنوشت قانون حمایت خانواده دربارهٔ تعدد زواج سخت دچار ابهام است:

در حالی که هیچ متنی در نسخ آن دیده نمی شود، دادگاه‌ها از اجرای کامل آن خودداری می‌کنند. ظاهر این است که اجازهٔ نکاح مجدد را از دادگاه ضروری می‌بینند و به امکان اجرای عدالت و توانایی مالی مرد نیز عنایتی نه چندان دقیق دارند، لیکن

---

۱. توانایی بر انفاق نیز از شرایطی است که از بخش اخیر آیهٔ ۳ از سوره نساء « ذلک ادنی ان لاتعولوا» برمی آید: محمد ابوزهره، همان کتاب، ص ۱۳٤.

در همین کتاب (ش ۱۲٤ و ۱۲۵) آمده است که فکر مقید ساختن تعدد زواج به اجرای عدالت و توانایی مالی شوهر بر انفاق و لزوم رسیدگی قضایی به تحقق این دو شرط از شیخ محمد عبده استاد و متفکر مصری است. در فقه القرآن قطب الدین راوندی (ج ۲، ص ۱۱٦) در بیان آیهٔ «فان خفتم الا تعدلوا» می نویسد: «ای فی النفقه».

شرایط دیگر مادهٔ ۱٦ را، که محدودیتی زاید بر ضوابط شرعی است، رعایت نمی‌کنند و در واقع خود را مکلف به عدم اجرای قواعد مخالف شرع می‌بینند.

از سوی دیگر، شورای نگهبان نیز ضمانت اجرای کیفری این قواعد را غیر شرعی اعلام کرده است.

با این ترتیب، در عمل اجازهٔ نکاح مجدد با دادگاه خانواده است، بدون اینکه مبنای حقوقی صدور اجازه روشن باشد و نتیجهٔ تخلف از اجرای این قاعده معلوم گردد.[۱]

۷۰. مبنای حقوقی و هدف اجازهٔ نکاح مجدد:

از ملاحظهٔ مادهٔ ۱٦ چنین برمی آید که قانونگذار خواسته است، با اجازه دادن نکاح دوم از انحلال نکاح نخست جلوگیری کند و بدین وسیله شوهر را از پافشاری در طلاق زن بازدارد. به همین جهت، بسیاری از موجبات درخواست طلاق را در مادهٔ ۱٦ از دلایل مباح ساختن نکاح دوم قرار داده است و اشارهٔ او به بندهای ۵ و ٦ و ۹ و ۱٤ مادهٔ ۸ نیز (که موجبات طلاق را می‌شمرد)، این هدف را به روشنی نشان می‌دهد.

با وجود این، گاه اشاره به این بندها نتایجی به بار آورده است که با هدف قانون سازگاری ندارد. برای مثال، در بند ٤ مادهٔ ۱٦ ، جایی که جنون را از موارد امکان زن گرفتن زن دوم می‌شناسد، برای توصیف جنون به بند ٦ از مادهٔ ۸ ارجاع شده است. معنی ارجاع این است که جنون در همان شرایطی که از موجبات طلاق قرار می گیرد شوهر را مجاز به گرفتن همسر دوم می‌کند: یعنی، در مواردی که به استناد جنون حق فسخ ممکن نباشد، شوهر می‌تواند همسر دوم بگیرد. ولی، هر گاه شوهر بتواند از حق فسخ استفاده کند، به او اجازهٔ نکاح مجدد داده نمی‌شود.[۲]

---

۱. رک. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که بدین‌گونه در دادگاه خانواده رعایت می شود. با وجود این، ضروری است که مجلس شورا دراین باره تصمیم قاطع بگیرد و تکلیف این مسألهٔ مهم اجتماعی را روشن کند.

۲. مواردی که به مادهٔ ۸ ارجاع شده است این استنباط را تأیید می کند، زیرا مرض صعب العلاج و اعتیاد مضر و محکومیت و غیبت زن نیز در مادهٔ ۸ توصیف و مقید به شرایطی شده است که باید در اجازهٔ دادگاه برای انتخاب همسر دوم مورد نظر قرار گیرد و سیاق عبارت به خوبی نشان می‌دهد که، مقصود از ارجاع، صرفه‌جویی در نگارش مجدد اوصاف و شرایط این موجبات بوده است.

در توجیه این تفاوت ممکن است گفته شود که اجازهٔ نکاح مجدد در نظر قانونگذار امری است ناخوشایند که فقط در موارد ضروری از آن استفاده می‌شود. پس، جایی که شوهر می‌تواند با استفاده از فسخ نکاح از خود رفع ضرر کند، دیگر لزومی ندارد که دو همسری اجازه داده شود. ولی، این گفته را به آسانی می‌توان رد کرد. اگر مبنای اجازهٔ داشتن دوهمسر تنها رفع ضرر از شوهر باشد، هیچ گاه جنون نباید مجوز صدور چنین اجازه‌ای قرار گیرد، زیرا در موردی هم که به دلیل جنون فسخ نکاح ممکن نیست، شوهر می تواند با طلاق دادن زن خود را از قید چنین همسری برهاند.

چنان که اشاره شد، هدف این است که نکاح مجدد وسیله‌ای برای جمع دو مصلحت متعارض، یعنی رفع ضرر از شوهر و بقای خانواده، قرار گیرد تا مردی که می‌خواهد همسری متناسب و معقول داشته باشد ناگزیر به جدایی از همسر کنونی خود نشود. از نظر انحلال خانواده نیز بین طلاق و فسخ تفاوتی وجود ندارد و اگر مصلحتی هست دربارهٔ احتراز از هر دو یکسان است. ولی، با تبعیض بین جنونی که حق فسخ به وجود می‌آورد و جنونی که از موجبات طلاق قرار می‌گیرد، قانون حمایت خانواده این نظم منطقی را ندانسته از بین برده است. زیرا، در مورد جنون‌های گروه نخست، شوهر ناگزیر است که، برای زناشویی با همسری شایسته از زن بیمار خود جدا شود و او را در چنین حالتی بی پناه گذارد.

بند اول و سوم مادهٔ ۱۶ را نیز نباید از این قاعده استثنا کرد. زیرا، در مواردی که شوهر مایل به داشتن همسر دیگری است، نخستین نشانه‌های سستی در خانواده بروز کرده است. منتها، چون هوسبازی مرد به تنهایی نباید برای او ایجاد مجوز کند، قانون رضایت همسر و امکان اجرای عدالت بین همسران را بر شرط عمومی (داشتن توانایی مالی) افزوده است. بند سوم نیز بنیان زندگی زناشویی را متزلزل می‌سازد و در این مورد نیز، با این که در زمرهٔ موارد طلاق نیامده است، هدف جمع بین رفع ضرر از مرد و حفظ خانوادهٔ نخست بوده است.

با وجود این، با وضعی که قانون حمایت خانواده در دادگاه خانواده پیدا کرده است، به ویژه با نسخ قواعد حاکم بر طلاق در این قانون، دیگر نمی توان ادعا کرد که هدف از اجازهٔ نکاح مجدد تنها جلوگیری از انحلال خانواده است.

۷۱. ضمانت اجرای تخلف از قانون:

از ظاهر بخش اخیر مادهٔ ۱۷ چنین برمی آید که مقصود قانونگذار اعلام بطلان نکاح دوم نبوده؛ می‌خواسته است که، با مجازات کردن مرد و عاقد و سردفتر و همسر دوم، از وقوع این گونه ازدواج‌ها جلوگیری کند.

همین حکم را در مورد نکاح سوم و چهارم نیز باید پذیرفت. در واقع، از نظر اجتماعی بی‌گمان نمی‌توان نکاحی را که بر طبق قواعد شرعی واقع شده است باطل دانست و فرزندان ناشی از آن را نامشروع کرد.

سیاست عاقلانه نیز همین است که قانونگذار با استقرار مجازات با تعدد زوجات خودسرانه و بدون اجازه مبارزه کند و در عین حال نیز از نتایج ناگوار ابطال نکاح بپرهیزد؛ چنان که در پایان مادهٔ ۱۷ آمده است که: «... هرگاه مردی با داشتن همسر بدون تحصیل اجازه از دادگاه مبادرت به ازدواج نماید، به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد. همین مجازات مقرر است برای عاقد و سردفتر ازدواج و زن جدید که عالم به ازدواج سابق مرد باشند. در صورت گذشت همسر اولی تعقیب کیفری یا اجرای مجازات فقط دربارهٔ مرد و زن جدید موقوف خواهد شد»[1].

پس، جرم مرد و زن جدید جنبهٔ عمومی ندارد، و هر گاه همسر اول از تعقیب بگذرد، مردی را که بدون اجازهٔ دادگاه زن گرفته است نمی‌توان مجازات کرد و این حکم امکان تردید دربارهٔ درستی نکاح را از بین می‌برد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که رضایت زن اول شوهر را از رجوع به دادگاه بی نیاز می سازد. گذشته از رضایت همسر، دادگاه باید توانایی مالی مرد و امکان اجرای عدالت را نیز احراز کند. بنابراین، شوهری که بدون اجازهٔ دادگاه زن دوم بگیرد مجرم است، هر چند که با رضایت همسر اول باشد. منتها، این پرسش در ذهن باقی می‌ماند که اگر رضایت همسر برای معاف شدن از مجازات کافی نیست، چگونه این رضایت می‌تواند تعقیب کیفری را موقوف کند؟

---

۱. به موجب تصمیم شمارهٔ ۲۱۰۵۶- ۶۳/۶/۳ شورای نگهبان این ماده غیرشرعی اعلام شده است. ولی، همان‌گونه که اشاره شد، صلاحیت این شورا محدود به اظهار نظر دربارهٔ قوانین جدید است که از طرف مجلس تصویب و به آن شورا فرستاده می شود و گسترش این صلاحیت به نسخ قوانین گذشته دشوار به نظر می رسد.

۷۲. نکاح مردی که زن سابقش در عدهٔ رجعی است :

در موردی که مردی زن خود را به طلاق رجعی رها می‌کند، تا زمانی که عدهٔ زن سپری نشده است، حق ندارد بدون اذن دادگاه زن دیگر اختیار کند. زیرا، پیش از آن، زنی که طلاق داده شده در حکم زوجهٔ مرد است. پس، همان گونه که مرد زن‌دار نمی‌تواند بدون رجوع به دادگاه همسر تازه بگیرد، چنین مردی نیز در نکاح دوباره آزاد نیست. چنان که در نظام قانون مدنی نیز، هرگاه مردی چهار زن را در نکاح دائم داشته باشد و یکی از آنها را طلاق رجعی دهد، پیش از انقضای عده نمی‌تواند زن دیگر اختیار کند. به اضافه، نپذیرفتن این نظر به کلی فلسفهٔ مادهٔ ۱٦ قانون حمایت خانواده را از بین می‌برد و موجب می‌شود که مرد بتواند با توسل به حیلهٔ قانونی و بدون اذن دادگاه زن تازه بگیرد و از مجازات نیز مصون بماند.

رجوع به نکاح سابق را نمی‌توان اختیار همسر تازه محسوب کرد. بنابراین، اگر مردی که زن خود را طلاق رجعی داده است در حکم مرد زن‌دار محسوب نشود، شوهری که مایل است دو همسر داشته باشد، می‌تواند زن خود را طلاق دهد و در زمان عده زن دیگری بگیرد و پس از آن با رضای همسر پیشین به نکاح سابق نیز رجوع کند. در حالی که هدف قانونگذار این است که دادگاه توانایی مالی مرد و امکان اجرای عدالت را بازرسی کند و مرد نتواند، بدون بازرسی و اجازهٔ دادگاه زن دیگری بگیرد.

گفتار سوم : سه طلاق و نه طلاق

۷۳. منع نکاح با زنی که سه بار طلاق داده شده است:

به موجب مادهٔ ۱۰۵۷ ق. م: «**زنی که سه مرتبهٔ متوالی زوجهٔ یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام می شود...**». حکم این مادهٔ ویژهٔ نکاح دائم است و برای تحقق آن بایستی مرد زن دائم خود را طلاق دهد و دوباره با او وصلت کند (خواه به وسیلهٔ رجوع یا زواج جدید) و این نکاح نیز به وسیلهٔ طلاق منحل شود و برای بار سوم نیز زن و مرد با هم ازدواج کنند. بنابراین، سه طلاق با یک عبارت و با هم واقع نمی‌شود و بایستی هر طلاق جداگانه و در «مرتبهٔ» خود رخ دهد و دو طلاق نخستین در نتیجهٔ

رجوع یا نکاح به جدایی کامل نپیوندد. پس، اگر شوهری خطاب به زن بگوید: سه بار ترا طلاق دادم، با این گفته زن سه طلاقه نخواهد شد.[1]

در این حالت، اگر زن طلاق داده شود، دیگر آن دو نمی‌توانند با هم نکاح کنند. زیرا قانونگذار نمی‌تواند تشکیل خانواده‌ای را مجاز شمرد که به تجربه بی ثباتی آن احراز شده است.

از نظر تاریخی، مفاد این ماده برای جلوگیری از سوء استفادهٔ مردانی به وجود آمد که قصد ادامهٔ زناشویی با همسر خود را نداشتند، ولی به دلیل کینه توزی یا تعصب جاهلانه نمی‌خواستند به او امکان دهند تا به دیگری شوهر کند. پس، زن را طلاق می‌دادند و در پایان عده رجوع می‌کردند سپس دوباره او را رها می‌ساختند و بدین ترتیب مانع از شوهر کردن او می‌شدند. اسلام، برای برهم زدن این رسم دورهٔ جاهلیت، طلاق بار سوم را «باین» قرارداد و نکاح مجدد این دو را نیز موکول بر این ساخت که زن شوهر دیگر کند و از او به سببی جدا شود. دستور داده شد که یا زن را نگهدارند یا رهایش سازند و چنین خدعه نکنند.[2]

در مادهٔ ۱۰۵۷ فقط انحلال نکاح در بار سوم باید به وسیلهٔ طلاق انجام شود و ممکن است این توهم را به وجود آورد که، اگر در مرتبهٔ نخست به وسیلهٔ فسخ نیز زواج به هم خورده باشد، باز هم طلاق ایجاد حرمت می‌کند. ولی، باید دانست که با ملاحظهٔ سوابق تاریخی این ماده و مبنایی که درفقه امامیه دارد، روح قانون این است که حرمت تنها در صورتی ایجاد می شود که انحلال نکاح در هر سه مرتبه به وسیلهٔ طلاق باشد.

با وجود این، اگر زن با مرد دیگری به طور دائم ازدواج کند و نکاح آنان به سببی منحل شود، این منع از بین می رود و زن می‌تواند با شوهر اول خود برای چهارمین بار

---

۱. سید مرتضی، الانتصار، ص ۷٤.

۲. در تفسیر ابوالفتوح (ج۱، ۳۸۹) برای تفسیر آیهٔ « الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان» و آیهٔ ۲۳۹ از سورهٔ بقره آمده است که از عایشه روایت شده که: «... زنی به نزدیک او آمد و گفت شوهری دارم مرا چند بار طلاق داد هر که وقت آن باشد که عده بسر آید دگربار مراجعه کند و غرض او اضرار من است و در جاهلیت چنین کردندی چون ایشان را با زن خوش نبودی و نخواستندی که او شوهر دیگر کند برای حمیت، و طلاق را حدی محدود نبودی. عایشه این حدیث با رسول بگفت آیه آمد که الطلاق مرتان سه باشد دو در این آیه است و سیم قوله «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجاً غیره ...»

نیز ازدواج کند، چنان که در انتهای مادهٔ ۱۰۵۷ گفته شده است: «... **مگر این که به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس از وقوع نزدیکی با او، به واسطهٔ طلاق یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد**». این مرد را، به اعتبار این که حرمت نکاح زن را با شوهر نخست خود از بین می‌برد، محلّل می‌نامند.

۷۴. حرمت نکاح با زنی که نه بار طلاق داده شده است:

اگر جدایی و نکاح زن و شوهر به همین ترتیب تا بار نهم ادامه پیدا کند، دیگر قانونگذار به این نمایش ناپسند پایان می‌دهد و برای همیشه نکاح بین این زن و مرد را ممنوع می‌دارد؛ چنان که مادهٔ ۱۰۵۸ ق. م. می‌گوید: «**زن هر شخص که به نه طلاق، که شش‌تای آن عدّی است، مطلقه شده باشد بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود**».

شرط ایجاد حرمت ابدی این است که از نه طلاق شش تای آن عدّی باشد[1] یعنی طلاقی که مرد با اجازهٔ قانون در زمان عده به زن رجوع می‌کند، و پس از رجوع نیز با او نزدیکی می‌کند و بعد او را طلاق می‌دهد.

گفتار چهارم: کفر و لعان و احرام

۷۵. کفر:

به موجب مادهٔ ۱۰۵۹ ق.م. زن مسلمان نمی‌تواند با مرد کافر نکاح کند. ضمانت اجرای این منع در قانون نیامده است، ولی از لحن مادهٔ ۱۰۵۹ به خوبی برمی‌آید که مقصود قانونگذار جلوگیری از زناشویی زن مسلم با مرد غیر مسلم بوده است. به اضافه، مفاد اصل ٤ و ۷۲ قانون اساسی، قوهٔ مقننه را مکلف می‌کند که احکام اسلام را محترم شمارد و فرض این است که مجلس این تکلیف را رعایت می‌کند. پس، در هر جا که اجمالی در حکم قانون پیش آید، در تفسیر آن باید جهتی انتخاب شود که با احکام شرع منطبق باشد. در فقه، هیچ تردیدی در بطلان این نکاح وجود ندارد. پس،

---

۱. محقق (مختصر نافع، کتاب طلاق، ص ۱۹۸) در تعریف طلاق عدی می‌نویسد: «و طلاق العدة ما یرجع فیه و یواقع ثم یطلق».

باید پذیرفت که نکاح زن مسلمان با مرد غیر مسلم باطل است[۱]، و اگر شوهر در خلال نکاح کافر شود، عقد زواج خود به خود منحل خواهد شد. همچنین است در موردی که زن کافر اسلام آورد و شوهر در کفر باقی بماند[۲].

قانون مدنی در باب نکاح مرد مسلمان با زن کافر هیچ منعی ندارد، و به همین جهت شاید بتوان گفت که، چون سلب آزادی در نکاح نیازمند به حکم صریح است، ازدواج با زن کافر به طور مطلق مجاز است. ولی، باید دانست که در فقه امامیه نکاح مرد مسلمان با مشرک و کافر غیر کتابی باطل است و دربارهٔ زناشویی با زنان یهودی و مسیحی و زردشتی، که در نظر اسلام دارای کتاب آسمانی هستند، اختلاف وجود دارد[۳]. بنابراین، با وضعی که قانون مدنی دارد، دربارهٔ صحت نکاح مرد مسلمان با زنان اخیر تردید روا نیست، لیکن بطلان نکاح با کافر غیر کتابی قوی تر به نظر می‌رسد[۴].

۷۶. لعان:

لعان مشتق از واژهٔ لعن، به معنای ناسزا گفتن است. در اصطلاح حقوق، لعان عبارت از این است که مرد، با رعایت تشریفات خاص و در برابر حاکم، به زن خود نسبت زنا دهد (و ادعای مشاهدهٔ آن را نماید) یا فرزند خود را انکار کند، بدون این که دلیلی بر ادعای خود داشته باشد.

---

۱. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج۲، ص ۳٤٦ – سبزواری، کفایه، ص ۱٦۷ – محمد ابوزهره، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، ش ۹ و ۱۳۲.

۲. محقق، شرایع، ص ۵۲۰- شهید ثانی، مسالک، ج۱، ص ٤۹۰- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ٤۷.

۳. سیدمرتضی، الانتصار، ص ٦۵ – علامهٔ حلی: مختلف، ص ۵۳۰ به بعد؛ تذکرة الفقهاء، ج ۲، کتاب نکاح – فخر المحققین، ایضاح، ج ۳، ص ۲۲ – شهید ثانی: مسالک، ج ۱، ص ٤۸۵ ؛ شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۲۸ (در این کتاب و در شرایع برای بطلان نکاح با زن کافری که کتاب آسمانی ندارد ادعای اجماع شده است) – فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۲٤۸ – قطب الدین راوندی، فقه القرآن، ص ۷۶ به بعد – شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، ج ۳۰، ص ۲۷ به بعد – محمد ابوزهره، همان کتاب، ش ۱۳۰ در این کتاب آمده است که جمهور فقهای عامه نکاح با زنان یهودی و مسیحی را درست می‌دانند).

۴. این نظر به ابن ابی عقیل و ابن بابویه نسبت داده شده و سبزواری در کفایه (ص ۱۷۶) آن را پذیرفته و تقویت کرده است. همچنین، محقق در مختصر نافع دربارهٔ شرایط زوجه در نکاح منقطع می نویسد: «الزوجه: و یشترط کونها مسلمة او کتابیة و لایصح بالمشرکة الناصبة».

دربارهٔ تشریفات لعان قانون مدنی حکمی ندارد، پس باید دید در حقوق اسلام این کار چه گونه انجام می‌شود. در آیهٔ ٦ و ۷ سورهٔ نور از قرآن مجید آمده است: «والذین یرمون ازواجهم و لم یکن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقین و الخامسة ان العنة الله علیه ان کان من الکاذبین»: بنابراین مرد باید چهار بار خدا را گواه راستگویی خویش گیرد و بار پنجم بگوید لعن خدا بر من اگر از دروغگویان باشم. زن نیز باید چهار بار خدا را گواه دروغگویی شوهر بگیرد و بار پنجم بگوید لعنت خدا بر من اگر او از راستگویان باشد.[1]

اجرای این تشریفات، نکاح بین زن و مرد را منحل می‌کند و موجب حرمت ابدی بین آنان می‌شود: چنان که مادهٔ ۱۰۵۲ ق.م اعلام کرده است: «**تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است**». همچنین، اگر لعان به منظور انکار فرزند باشد نسب او را نفی می‌کند و توارث بین آن دو و خویشان پدری را از بین می‌برد (ش ٣٦٧).

باید دانست که لعان در حقوق کنونی تنها در کتاب‌ها می‌آید و در زمرهٔ قوانین متروکی است که نقشی در زندگی اجتماعی ندارد.

۷۷. احرام:

کسانی که به منظور انجام دادن مراسم حج به مکه می‌روند، در مسافت معین لباس مخصوص و متحدی می پوشند و خود را آمادهٔ تشرف به کعبه می‌سازند. این حالت را که تا پایان مراسم حج ادامه دارد، در اصطلاح شرع «احرام» می‌گویند. عمره نیز همین حکم را دارد.[2]

نکاح شخص محرم (اعم از زن یا مرد) با دیگری باطل است و حتی اگر با علم به حرمت نکاح از قانون سرپیچی کرده باشد، بین او و همسر انتخاب شده حرمت ابدی ایجاد می شود: یعنی پس از خروج از حالت احرام نیز هیچ گاه آن دو نمی‌توانند با هم ازدواج کنند (مادهٔ ۱۰۵۳ ق.م.).[3]

---

۱. مقدس اردبیلی، زبدة البیان، ص ۶۱۳ و ۶۱۴ – قطب الدین راوندی، فقه القرآن ، ج ۲، ص ۲۰۳- شیخ محمد حسن نجفی ، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۴- شهید ثانی، مسالک ، ج ۲، ص ۹۸ به بعد.

۲. شهید ثانی، مسالک، ج۱، ص ۴۸۷.

۳. فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۲۴۸- سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۱۶۶.

گفتار پنجم : خارجی بودن

۷۸. نکاح مرد ایرانی:

نکاح مرد ایرانی با زن خارجی مجاز است، مگر در مواردی که دولت ازدواج بعضی از مستخدمین و مأمورین رسمی و محصلین دولتی را با زنی که تبعهٔ خارجه باشد موکول به اجازهٔ مخصوص نماید (مادهٔ ۱۰٦۱ ق.م.).

به موجب تصویب نامهٔ مورخ ۲۹ خرداد ۱۳۱۰، ازدواج اعضای رسمی وزارت خارجه موکول به اجازهٔ کتبی وزارت خارجه شده بود (مادهٔ ۱ تصویبنامه). در این تصویبنامه، عضو وزارت خارجه که مایل به ازدواج با زنی از اتباع خارجه باشد، باید قبلاً راجع به او توضیحات لازمه، از قبیل اسم، نام خانوادگی، تابعیت فعلی، تابعیت‌های سابق، تحصیلات، السنه‌ای که صحبت می‌کند، مشاغل و کارهایی که سابقاً داشته و کلیهٔ سوابق و حالات به وزارت امور خارجه بدهد و تحصیل اجازه نماید (مادهٔ دوم).

ولی، تخلف از این شرط موجب بطلان نکاح نبود؛ تجاوزی بود اداری که مجازات انتظامی خاص دارد؛ چنان که مادهٔ سوم تصویبنامهٔ مورخ ۱۳۱۰/۳/۲۹ می‌گوید: «مخالفت با مواد فوق موجب انفصال از خدمت و عضویت وزارت امور خارجه خواهد بود».

قانون مصوب اول بهمن ماه ۱۳٤۵ به کلی این نکاح را منع کرد. مادهٔ واحده مقرر می‌دارد: «**از این تاریخ ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه و با کسانی که قبلاً بر اثر ازدواج به تابعیت ایران درآمده اند ممنوع است. کارمندان متخلف صلاحیت ادامهٔ خدمت در وزارت امور خارجه را نخواهند داشت...**»

از مفاد این ماده نیز برمی‌آید که نکاح با زن خارجی باطل نیست. زیرا، اگر در نظر قانونگذار نکاح واقع نمی‌شد، دلیلی نداشت که کارمند متخلف صلاحیت ادامهٔ خدمت در وزارت امور خارجه را از دست بدهد.

۷۹. نکاح زن ایرانی با خارجیان:

به موجب مادهٔ ۱۰٦۰ ق.م: «**ازدواج زن ایرانی با تبعهٔ خارجه، در مواردی هم که مانع قانونی ندارد، موکول به اجازهٔ مخصوص از طرف دولت است.**» بنابراین، هر گاه زن

ایرانی بخواهد با مرد خارجی ازدواج کند و از جهت اختلاف مذهب و قرابت و مانند اینها، هیچ مانعی در بین نباشد، باز هم نکاح منوط به اجازهٔ دولت ایران است.

مرجع صالح برای دادن اجازه ابتدا حکام ایالات و ولایات بودند (تصویبنامهٔ ۱۰ مهر ماه ۱۳۱۰)، ولی تصویبنامهٔ مورخ ۲٤ آبان مادهٔ ۱۳۱٤ این اختیار را به وزارت کشور داد. در ۱۳ آذر ماه ۱۳۱۹ آئین‌نامهٔ خاصی دراین باره به تصویب دولت رسید و شرایط و چگونگی صدور اجازه از طرف وزارت کشور معین گردید.

تصویبنامهٔ مورخ ٥٤/۷/٦، صلاحیت وزارت کشور در صدور پروانهٔ اجازهٔ زناشویی بانوان ایرانی با اتباع بیگانه را تأیید کرد، و مادهٔ ٤ آن به وزارت کشور اجازه داد که به جای صدور پروانهٔ زناشویی، به استانداری‌ها و فرمانداری‌های کل و همچنین با موافقت وزارت امور خارجه به بعضی از نمایندگان سیاسی و کنسولی ایران در خارجه اختیار دهد تا آن را در محل صادر کنند و مراتب را به ثبت احوال اعلام دارند.

فلسفهٔ مادهٔ ۱۰٦۰ اینست که در پاره‌ای از کشورها تابعیت شوهر بر زن تحمیل می‌شود و بر طبق قانون ایران نیز زن در چنین موردی تابعیت خود را از دست می‌دهد، پس لازم است که دولت از نظر سیاسی بر این نکاح نظارت داشته باشد. به همین جهت، ظاهر این است که ضمانت اجرای مادهٔ ۱۰٦۰ عدم نفوذ نکاح باشد.

مبحث سوم: تشریفات ثبت نکاح

۸۰ الزام به ثبت نکاح و هدف از آن:

گفته شد که، برطبق مادهٔ ۱ قانون اصلاح قانون ازدواج مصوب ۲۹ اردیبهشت ۱۳۱٦: **«در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام می‌نماید، هر ازدواج و طلاق و رجوع باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌شود واقع و به ثبت برسد...»**.

در تمام نقاط کشور اکنون ثبت نکاح اجباری است و مرد و عاقدی که از اجرای این تکلیف خودداری کنند به یک تا شش ماه حبس تأدیبی محکوم می‌شوند (مادهٔ ۱ همان قانون). ولی، نسبت به درستی نکاحی که خارج از دفتر رسمی واقع می‌شود نباید تردید کرد. هنوز هم مردم روستاها عادت به ثبت نکاح و طلاق نکرده‌اند و در این گونه امور به رسم مذهبی رفتار می‌کنند. البته باید آنان را از این اهمال زیانبار بر حذر داشت،

لیکن اعلام بطلان ازدواج با دشواری‌های گوناگون روبروست و پافشاری دولت، جز به وجود آوردن گروهی طفل نامشروع، ثمری به بار نمی‌آورد.

قانونگذار نیز به این نکتهٔ اجتماعی توجه داشته و در قانون ازدواج به کیفر دادن شوهر و عاقد قناعت کرده است. پس، با ملاحظهٔ این اوضاع و احوال، منع او را نباید دلیل بر بطلان نکاح پنداشت.

هدف از این الزام آسان کردن اثبات نکاح و حمایت از حقوق کودکان است. ثبت نکاح در دفتر اسناد رسمی از بسیاری گفتگوهای ناهنجار دربارهٔ انکار زواج و نسب می‌کاهد و به استواری بنیان خانواده کمک می‌کند. به همین جهت، دارندگان دفاتر رسمی ازدواج و طلاق مکلف شده اند که این وقایع را درشناسنامهٔ زوجین نیز درج و مهر و امضا کنند (مادهٔ ۳۱ قانون ثبت احوال مصوب ۱٦ تیر ماه ۵۵).

ولی، باید دانست که اثبات نکاح تنها از این راه ممکن نیست و از همهٔ دلایل اثبات دعوا (اقرار و سند و شهادت و اماره و سوگند) می‌توان استفاده کرد[1].

قانونگذار دعاوی مربوط به اصل نکاح و طلاق را در صلاحیت دادگاه مدنی خاص قرار داده است تا دادرس شرعی، با آزادی و بدون پای‌بند بودن به تشریفات آیین دادرسی، به واقع برسد و اساس خانواده محفوظ بماند. در مادهٔ ٤ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب مهر ماه ۱۳۵۸ آمده است: **«مادام که در محلی دادگاه مدنی خاص تشکیل نشده و یا بعد از تشکیل به جهتی منحل شده باشد، دادگاههای عمومی دادگستری به امور مذکور در مادهٔ قبل رسیدگی می‌کند، ولی دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق به نزدیک‌ترین دادگاه مدنی خاص رجوع خواهد شد».**

۸۱ . تشریفات ثبت:

ثبت نکاح تشریفات مفصلی ندارد و مانند ثبت سایر اسناد رسمی است. زن و شوهر آینده باید شناسنامه و اجازهٔ ولی خود را (در مواردی که این اجازه لازم است) با

---

۱. در بند اول مادهٔ ۳۲ ق.ث.ا. آمده است که ارائهٔ اقرارنامهٔ رسمی مبنی بر وجود رابطهٔ زوجیت برای ثبت آن در اسناد سجلی طرفین کافی است و این حکم به خوبی نشان می دهد که ثبت نکاح ، نه تنها در زمرهٔ شرایط صحت آن نیست، یگانه دلیل اثبات هم به شمار نمی آید.

گواهی پزشک دائر بر نداشتن امراض ساری (مادهٔ ۲ قانون ۱۳ آذر ۱۳۱۷) به سردفتر بدهند[۱]. گاه ممکن است ارائهٔ اسناد دیگری نیز ضرورت پیدا کند؛ چنان‌که اگر زن ایرانی بخواهد با مرد خارجی ازدواج کند، باید پروانهٔ خاص از وزارت کشور داشته باشد، یا زنی که برای بار دوم شوهر می‌کند، باید انحلال نکاح نخست را به وسیلهٔ ارائهٔ طلاقنامه یا حکم دادگاه ثابت کند، یا مردی که زن دوم می‌گیرد باید اجازهٔ دادگاه را به سردفتر بدهد، یا کسی که به وکالت از طرف زوجین اقدام می‌کند باید وکالتنامهٔ معتبر در دست داشته باشد... و مانند اینها.

سردفتر، هویت زوجین را با معرفی دو نفر از اشخاص معروف و معتمد محلی احراز می‌کند و در غیر این صورت از ثبت امتناع خواهد کرد (مواد ۷ و ۸ نظامنامهٔ دفتر ثبت ازدواج و طلاق مصوب ۱۳۱۰).

پس از این مرحله، سند نکاح دردفاتر مخصوصی، که صفحات آن به امضای دادستان یا نمایندهٔ او رسیده و به مهر دادسرا ممهور شده است، ثبت می‌شود و آن گاه سردفتر صیغهٔ نکاح را می‌خواند و رضای طرفین و سلامت ارادهٔ آنان را احراز می‌کند (مادهٔ ۱ نظامنامه).

زن و شوهر یا وکیل آنان زیر ثبت عقد را در دفتر و زیر ورقهٔ ازدواج را امضاء می‌کنند. این ورقه به منزلهٔ رونوشت سند ثبت است که در دو نسخه تهیه و به هر یک از زوجین یک نسخه داده می‌شود (مادهٔ ١٤ نظامنامه). وکالتنامه‌ای که برای اثبات نمایندگی از سوی زوجین ارائه می‌شود باید رسمی باشد (مادهٔ ۱۱ نظامنامه).

«هر گاه زوجین یا یکی از آنها بی‌سواد باشند، باید یک نفر مطلع با سوادی که طرف اعتماد شخص بی‌سواد باشد در دفتر حاضر گردد، اگرچه از جملهٔ شهود یا معرف زوجین باشد» (مادهٔ ۱ اصلاح نظامنامهٔ دفتر ثبت ازدواج و طلاق مصوب ١٣٢٣/٥/٤).

---

۱. به موجب تبصرهٔ مادهٔ ۲۳ قانون حمایت خانواده مورخ ۲۳ بهمن ماه ۵۳: « در نقاطی که وزارت دادگستری اعلام می کند، دفاتر ازدواج مکلفند، علاوه بر مطالبهٔ گواهینامهٔ مذکور در مادهٔ ۲ قانون گواهینامهٔ ازدواج مصوب سال ۱۳۱۷، گواهی صحت مزاج نسبت به عوامل یا بیماریهای دیگری که موجب بروز بیماری یا عوارض سوء در اولاد و یا زوجین خواهد شد نیز مطالبه نمایند: نوع عوامل و بیماریهای مذکور را وزارت بهداری و وزارت دادگستری تعیین خواهند نمود». هم اکنون، اعتیاد به مواد مخدر و تالاسمی در زمرهٔ این بیماری ها است و انتظار می‌رود بیماری ایدز نیز درزمرهٔ این گروه قرار گیرد.

«شخص معتمد با سواد باید ثبت سند ازدواج یا طلاق را برای شخص بی‌سواد قرائت نماید و این قرائت و رضایت شخص بی‌سواد به مفاد ثبت باید در ذیل ثبت سند مزبور قید گردد و علامت انگشت شخص بی‌سواد ذیل آن گذارده شود. مراتب مزبوره و علامت انگشت شخص بی‌سواد را شخص معتمد تصدیق و امضا می‌نماید» (مادهٔ ۲ همین نظامنامه).

۸۲ نکاح اشخاص کر یا گنگ یا کور:

بر طبق مادهٔ دوازدهم نظامنامهٔ دفتر ثبت ازدواج و طلاق: «هر گاه زوجین یا یک طرف از آنها کر یا گنگ یا کور باشند، علاوه بر معرفین، هر یک باید در معیت خود یک نفر از معتمدین خود را حاضر نمایند. شخص معتمد مزبور در مورد اشخاص کر و گنگ باید از اشخاصی باشند که بتواند به آنها به اشاره مطلب را بفهماند و این نکته صراحتاً باید در متن دفتر و در ستون ملاحظات قید و به امضای صاحب دفتر برسد».

۸۳ اعتبار اسناد ثبت:

دفتر ثبت نکاح و قباله‌ای که به عنوان رونوشت این دفتر به زوجین تسلیم می‌شود سند رسمی است زیرا نزد مأمور رسمی و در حدود صلاحیت او تنظیم شده است (مادهٔ ۱۵ نظامنامه).

از رسمی بودن این اسناد دو نتیجهٔ اساسی به دست می آید:

۱. تمام محتویات و امضاهای مندرج در این اسناد معتبر است؛ انکار و تردید در برابرآنها پذیرفته نمی‌شود و کسی که مدعی نادرستی این اسناد است باید آن را به وسیلهٔ ادعای جعلیت اثبات کند.

۲. «**در مورد مهریهٔ سند رسمی ازدواج، بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه،... لازم‌الاجرا به تقاضای زوجه یا قائم مقام قانونی او صادر خواهد شد**» (مادهٔ ۱۵). اجرائیه، درصورتی که مهر منقول باشد، از طرف دفتری که سند نکاح را تنظیم کرده است و، نسبت به اموال غیر منقول که به ثبت دفتر املاک رسیده است، از دفتر اسناد رسمی تنظیم کنندهٔ سند صادر خواهد شد (بند ج از مادهٔ اول آئین نامهٔ اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات احرایی مصوب ٦ تیر ماه ۵۵).

فصل سوم

آثار نکاح

۸٤. دوام نکاح و الزام ناشی از آن:

نکاح دایم از عقود اجتماعی است و آثار آن محدود به دو طرف عقد نمی‌شود. نه تنها سرنوشت فرزندان ناشی از این پیمان به استواری و دوام خانواده بستگی دارد، نظم در دولت نیز ایجاب می‌کند که این کانون ثابت و ایمن باشد. به دلیل همین اهمیت استثنایی است که قانونگذار رابطهٔ زن و شوهر را از قلمرو حاکمیت اراده خارج ساخته و نظم آن را خود به عهده گرفته است. از آثار دیگر وصف اجتماعی نکاح قابلیت استناد به آن در برا بر عموم است: بدین معنی که نهاد خانواده در برابر عموم تشکیل و همگان باید احترام آن را رعایت کنند.

این «سازمان حقوقی» تنها درموردی منحل می‌شود که قانون اجازه دهد. بنابراین، زن و شوهر نمی‌توانند به تراضی نکاح را منحل سازند. الزامات ناشی از نکاح را ارادهٔ آنان به وجود نیاورده است تا همان اراده نیز توانایی انحلال آن را داشته باشد (مادهٔ ۲۷۳ قانون مدنی دربارهٔ اقاله در معاملات).

همچنین، خیار شرط در نکاح اثر ندارد: یعنی زن و شوهر نمی‌توانند توافق کنند که تا زمان معین حق فسخ ازدواج را داشته باشند. دربارهٔ بطلان شرط خیار تردید نیست، ولی این پرسش باقی می‌ماند که آیا این شرط نکاح را نیز باطل می‌کند یا عقد به درستی واقع می شود و شرط اثر ندارد؟

در فقه امامیه در این باره اختلاف است: پاره‌ای شرط خیار را موجب بطلان عقد نیز دانسته‌اند و برای اثبات نظر خود گفته‌اند که تراضی زن و شوهر بر مبنای شرط واقع

شده است؛ پس اگر شرط باطل باشد عقد نیز اثر ندارد. گروه دیگر نکاح را از شرط ممتاز می‌دانند و بطلان این توافق فرعی را به اصل عقد سرایت نمی‌دهند[1].

قانون مدنی نظر اخیر را اختیار کرده است و در مادهٔ ۱۰۶۹ می‌گوید: «**شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...**» و چون شرط نامشروع مفسد عقد نیست (شق ۳ مادهٔ ۲۳۲ قانون مدنی) تردیدی در درستی نکاح باقی نمی‌ماند.

پیمان زناشویی را با توافق آنان دربارهٔ مهر نباید مخلوط کرد. تراضی دربارهٔ مهر تابع شرایط عمومی معاملات است و شرط خیار نیز در آن امکان دارد؛ چنان که مادهٔ ۱۰۶۹، پس از اعلام بطلان این شرط نسبت به عقد نکاح، اعلام می‌کند: «**ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است، مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد**».

۸۵. روابط مالی و شخصی زن و شوهر:

پس از وقوع نکاح، زن و شوهر به حکم قانون حقوق و تکالیف گوناگونی در برابر هم پیدا می کنند (مادهٔ ۱۱۰۲ ق.م.). درست است که غالب این حقوق جنبهٔ مالی ندارد و پیوند معنوی زن و شوهر اهمیت بیشتری را دارا است، ولی ادارهٔ خانواده و تربیت فرزندان هزینه‌هایی دارد که باید یکی از همسران یا هر دو متحمل شوند. همین ضرورت سبب شده است که زن و مرد از نظر مالی نیز با هم رابطهٔ حقوقی پیدا کنند و قانون در تنظیم این رابطه نظارت داشته باشد.

از سوی دیگر، قانونگذار برای جبران نقص ارث زن و جلوگیری از طلاق‌های بی‌مورد، مقرر کرده است که مرد هنگام ازدواج مالی به عنوان مهریه به زن بدهد و دو طرف می‌توانند در باب میزان و شرایط پرداختن این مال با هم توافق کنند. اجرای این قرارداد نیز در روابط زن و شوهر حقوق و تکالیفی به وجود می آورد که جنبهٔ مالی دارد.

---

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۹۴ و ۹۵، که نکاح را باطل می داند – شیخ طوسی، مبسوط (نقل از حدائق) – شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ نجف ۱۹۶۵، ج ۵، ص ۱۲۰، که پس از شرح اختلاف قول نخست را ترجیح داده است. همچنین، رجوع شود به سیدمحمد کاظم یزدی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۸- علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح- شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناضره، ج ۲۳، ص ۱۸۴ به بعد که پس از نقل نظرها و دلایل آن خود توقف اختیار کرده است.

گذشته از این‌ها، در خانواده ها چنین مرسوم است که زن کم و بیش اثاث مورد نیاز را به خانهٔ شوهر می‌برد و گاه نیز، برای جبران کمبودی که میراث دختر در برابر پسر دارد و همچنین به لحاظ ایجاد اعتبار و فراهم آوردن استقلال مالی زن در برابر شوهر، اموالی بیش از حد متعارف به او داده می‌شود. این اموال، که در زبان عرفی«جهیز» نامیده شده است، باعث ایجاد نوعی اختلاط مالی بین زن و شوهر می‌شود و اختلاف‌هایی به بار می‌آورد که در خور مطالعه است.

بنابراین، روابط مالی و غیرمالی زن و شوهر را در دو مبحث جداگانه مطرح می‌سازیم: در مبحث نخست، گفتگو دربارهٔ مهر و نفقه و جهیز است، و در مبحث دوم از تمکین و تکالیف مربوط به حسن معاشرت و وفاداری زن و شوهر سخن خواهیم گفت.

باید توجه داشت که شرط مربوط به اشتراک دارایی که در قباله‌های نکاح آورده شده است، اگر مورد قبول دو طرف قرار گیرد، مسائل حقوقی و اجرایی پیچیده‌ای ایجاد می‌کند که مانند همهٔ مشارکتها احتراز ناپذیر است و دخالت قانونگذار را در تعیین شرایط و آثار این شرکت ضروری می‌سازد.

مبحث اول : روابط مالی زن و شوهر

۸٦ اصل استقلال مالی زن و مرد:

پیش از قرن بیستم، در حقوق اروپایی زن در برابر شوهر استقلال مالی نداشت و پس از شوهر کردن در زمرهٔ محجوران درمی‌آمد. از اواخر قرن نوزدهم، به تدریج در قوانین کشورها تجدید نظر شد و زن در غالب آنها استقلال مالی یافت. ولی، هنوز هم در حقوق این کشورها زن و شوهر، به حکم قانون یا تراضی خود، از نظر مالی نیز با هم شریک و متحد می‌شوند و به همین جهت تنظیم روابط مالی آنها به آسانی ممکن نیست.

در حقوق اسلام، اصل استقلال مالی زن و شوهر در برابر یکدیگر پذیرفته شده است. زن و مرد، پس از نکاح نیز دو دارایی متمایز و جدای از هم دارند و هر کدام می‌تواند به طور مستقل در دارایی خود تصرف کند. قانون مدنی نیز برای تأیید همین

اصل در مادهٔ ۱۱۱۸ تصریح می‌کند که: **«زن مستقلاً می‌تواند در دارایی خود هر تصرفی را که می‌خواهد بکند»**.

با این ترتیب، رابطهٔ مالی زن و شوهر، در سه مورد ممکن است مطرح شود: ۱) دادن مهر ۲) الزام به انفاق ۳) جهیز زن. بر پایهٔ همین تحلیل نیز این مبحث را ضمن سه گفتار جداگانه بررسی می کنیم:

گفتار نخست: مهر؛

گفتار دوم: نفقه؛

گفتار سوم: جهیز.

گفتار نخست: مهر (صداق)

الف : مفهوم مهر و اقسام آن

۸۷ تعریف و ماهیت حقوقی:

مهر عبارت از مالی است که، به مناسبت عقد نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود. الزام مربوط به تملیک مهر ناشی از حکم قانون است و ریشهٔ قراردادی ندارد و به همین دلیل سکوت دو طرف در عقد، و حتی توافق براین که زن مستحق مهر نباشد، نمی‌تواند تکلیف مرد را در این زمینه از بین ببرد (مادهٔ ۱۰۸۷ ق.م.).

راست است که انعقاد نکاح به تراضی صورت می‌پذیرد ولی آثار آن را زن و شوهر به وجود نمی‌آورند. همین که زن و مرد با پیوند زناشویی موافقت کردند، در وضع ویژه‌ای قرار می‌گیرند که به ناچار باید آثار و نتایج آن را متحمل شوند. بنابراین، مهر نوعی الزام قانونی است که بر مرد تحمیل می‌شود و فقط زوجین می‌توانند، هنگام بستن عقد یا پس از آن، مقدار مهر را به تراضی معین سازند (مواد ۱۰۸۰ و ۱۰۸۷ ق.م.).

الزام زن به تمکین از شوهر نیز به طور مستقیم از قانون ناشی می‌شود و سبب آن را نباید توافق زن و مرد پنداشت. بنابراین، رابطهٔ مهر با تمکین زن را نمی‌توان با رابطهٔ عوض و معوض در قراردادهای مالی قیاس کرد. شخصیت اخلاقی انسان او را از سایر

حیوانات و اشیاء ممتاز ساخته است. انسان همیشه صاحب حق یا مکلف به رعایت آن است و هیچ گاه موضوع حق قرار نمی‌گیرد.

در پاره‌ای امور، الزام‌های زن و شوهر شبیه به تعهدات متقابل در عقود معوض است (مانند حق حبس)، ولی از این شباهت نباید نتیجه گرفت که مهر در عقد نکاح در برابر تمکین زن قرار گرفته، و قواعد سایر معاملات بر تنظیم این رابطه حکمفرماست. زن در برابر مهر خود را نمی‌فروشد؛ با مرد پیمانی می‌بندد که اثر قهری آن الزام مرد به دادن مهر و تکلیف زن به تمکین از اوست. به همین جهت است که بطلان و فسخ مهر عقد نکاح را از بین نمی برد، و زن را از تکالیفی که به عهده دارد معاف نمی‌کند (مواد ۱۰۸۱ و ۱۱۰۰ ق.م.).

۸۸. اقسام مهر:

مرسوم است که زن و شوهر ضمن عقد در باب میزان و نوع مهر با هم توافق می‌کنند. مهری را که ضمن عقد یا پس از آن به تراضی طرفین معین می‌شود، در اصطلاح حقوق «مهر المسمّی» می‌نامند. ولی، در مواردی که زن و شوهر در این باب توافقی نکرده‌اند یا قراردادشان به جهتی باطل است، قانون مدنی زن را مستحق «مهر المثل» و در پاره‌ای موارد «مهر المتعه» می داند. با این ترتیب، در قوانین ما از سه قسم مهر نام برده شده است: ۱) مهر المسمی ۲) مهر المثل ۳) مهر المتعه.

این سه قسم را به اعتبار مبنای مهر و دخالت تراضی در تعیین آن می توان در دو بخش مطرح کرد: ۱. مهر به تراضی یا مهر المسی ۲. مهر قانونی شامل مهر المثل و مهر المتعه.

۱. مهر به تراضی (مهر المسمّی)

۸۹. مفهوم و شرایط:

چنان که اشاره شد، زن و شوهر می‌توانند در باب مقدار و نوع مهر با هم توافق کنند: یعنی، در کنار عقد نکاح، قرارداد دیگری نسبت به چگونگی اجرای الزام مرد به دادن مهر منعقد سازند. این قرارداد تبعی تابع قواعد عمومی سایر معاملات است و

موضوع آن تنها جنبهٔ مالی دارد، زیرا بدین وسیله مرد مالی را از بابت الزام قانونی خود به زن تملیک می‌کند.

بنابراین، موضوع این عقد(مهرالمسمی) اگر عین معین است باید در زمان عقد موجود باشد؛ باید مالیت داشته و قابل نقل و انتقال باشد (مادهٔ ۱۰۷۸) و بین طرفین، تا حدی که رفع جهالت آنها بشود، معلوم و معین گردد (مادهٔ ۱۰۷۹). مرد باید قدرت بر تسلیم مهر را داشته و مالک آن باشد (مادهٔ ۱۱۰۰ ق.م.).

مهر المسمی ممکن است عین معین باشد (مانند خانهٔ معین) یا کلی(مانند مقداری پول و چند خروار گندم) و نیز می‌توان حق مالی یا منفعت یا کار معین را مهر زن قرارداد. برای مثال، ممکن است آموختن علم یا صنعت یا ساختن خانه‌ای از طرف مرد به عنوان «مهر المسمی» معین شود، یا حق انتفاعی را که مرد در ملک دیگری دارد مهر زن قرار دهد.

به طور کلی، هر چه به مالکیت انسان درآید ممکن است مهر قرارداده شود، خواه موضوع آن در عالم خارج موجود باشد، یا مانند حق تألیف و اختراع و سرقفلی ارزش آن اعتباری یا راجع به ابتکار و ابداع فکری باشد: چنان که مادهٔ ۱۰۸۷ قانون مدنی در این باره می‌گوید: **«هر چیزی را که مالیت داشته و قابل تملک نیز باشد می‌توان مهر قرار داد»**.

تعیین مقدار مهر نیز به تراضی طرفین واگذار شده است (مادهٔ ۱۰۸۰ ق.م) و آنان می‌توانند خود عهده‌دار تعیین مهر شوند یا به تراضی شخص ثالثی را برای این منظور معین کنند: مانند این که ضمن نکاح شرط شود که تعیین مقدار مهر با پدر عروس یا داماد است. در این صورت، داوری که برای تعیین مهر انتخاب شده در این راه آزاد است و می‌تواند هر مقدار که صلاح می‌داند، مهر المسمی معین کند (مادهٔ ۱۰۸۰۹). ولی، اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود، زن نمی‌تواند بیش از آنچه به طور معمول برای امثال او مهر معین می‌کنند نظر بدهد (مادهٔ ۱۰۹۰ ق.م.).

۹۰. تفویض انتخاب مهر به داوری:

چنان که گفته شد، ممکن است در نکاح تعیین میزان مهر به یکی از زوجین یا دیگری واگذار شود. زنی را که بدین‌گونه شوهر کرده است در اصطلاح (مفوضة المهر)

می‌نامند، به این اعتبار که زن اختیار تعیین مهر را به دیگری تفویض کرده است.[1] قراردادی که به موجب آن اختیار تعیین مهر به دیگری واگذار می‌شود، هر چند که به صورت شرط در نکاح درآید، باید شرط عمومی درستی قراردادها را داشته باشد. پس، در صورتی درست است که زن و شوهر عاقل و رشید باشند. اگر یکی از آنان، به دلیل کمی سن یا بیماری روانی، اهلیت لازم برای توافق در امور مالی را نداشته باشد، توافق باطل یا غیر نافذ است، هر چند نکاح نیز درست باشد.

برای مثال، اگر دختری خردسال پیش از رسیدن به سن رشد شوهر کند و دربارهٔ تعیین مهر با داور یا شوهر به توافق رسد، نفوذ این قرارداد موکول به تنفیذ ولی یا قیم او است. همچنین، اگر سفیه شوهر کند، در درستی نکاح او تردید نیست، ولی قراردادی که دربارهٔ مهر یا تعیین داور بسته است به تنفیذ ولی یا قیم نیاز دارد.

به طور خلاصه، زن یا شوهری که به طور مستقل اختیار توافق دربارهٔ تعیین مهرالمسمی را دارد، حق تعیین داور را نیز دارا است.

باید افزود کسی که ضمن قرارداد بین زن و شوهر مأمور تعیین مهر می‌شود داور طرفین است نه وکیل آنان. به همین جهت ارادهٔ این مأمور در انعقاد پیمانی که بین زن و شوهر در باب تعیین مهر بسته شده است هیچ نقشی ندارد. این پیمان با توافق زن و شوهر کامل است و فقط در صورتی نسبت به مأمور اثر دارد که مورد قبول او نیز قرار گیرد. پس، اگر داور از قبول سمتی که به او تفویض شده است امتناع ورزد یا پیش از تعیین مهر بمیرد یا مجنون شود، اختیار تعیین مهر با دادگاه است، مگر این که تراضی به داوری دیگر شود (مادهٔ ٤٦٣ ق.آ.د.م.). چنین نکاحی را نباید در حکم ازدواجی دانست که در آن مهر تعیین نشده است، زیرا طرفین توافق کرده‌اند که زن مستحق مهر المسمی باشد.[2]

انحلال نکاح به وسیلهٔ طلاق یا فسخ نیز باعث انحلال قرارداد داوری نمی‌شود. سمت داور باقی می‌ماند و او می‌تواند میزان مهر را، بر طبق اختیاری که به او داده شده

---

۱. یا به این اعتبار که نسبت به ذکر مهر در عقد اهمال شده است (فی التفویض و هو لغة رد الامر الی الغیر ثم الاهمال و شرعاً رد امرالمهر او البضع الی احد الزوجین اوثالثاً او اهمال ذکره فی العقد...) : ریاض ، ج ۲، کتاب نکاح.

۲. دادگاه در این مورد مهر المسمی را به اندازهٔ مهر المثل معین می‌کند، ولی این امر صفت مهر را تغییر نمی‌دهد و مهری که از طرف دادگاه معین می‌شود مهر المسمی است نه مهر المثل.

است، تعیین کند. این مبلغ اوصاف مهر المسمی را دارا است. به همین جهت، اگر طلاق پیش از نزدیکی واقع شود، زن مستحق نصف مهر است.

۹۱. رابطهٔ عقد و مهر؛ اثر بطلان مهر:

نخستین پرسشی که در این زمینه مطرح می شود این است که آیا بطلان مهر نکاح را نیز بی اثر می‌سازد یا عقد اصلی (نکاح)، با وجود بطلان توافقی که دربارهٔ مهر شده است، نفوذ حقوقی دارد؟

در این که توافق دربارهٔ مهر و میزان آن در ایجاد رغبت دو طرف به نکاح سهمی دارد تردید نباید کرد. ولی، آنچه پاره‌ای از دانشمندان حقوق را به تردید می‌اندازد این است که آیا درجهٔ وابستگی نکاح به مهر به اندازه‌ای هست که بتوان ادعا کرد این دو توافق یک پیکره را به وجود آورده‌اند و هیچ کدام بدون دیگری پایدار نمی‌ماند؟

پاسخ کامل این پرسش را باید در قواعد عمومی قراردادها جستجو کرد.[1] ولی، آنچه در نکاح باید افزود این است که وجود مهر نقشی را که عوض در معاملاتی مانند بیع دارد ایفا نمی‌کند. در حقوق کنونی، انسان موضوع هیچ قراردادی واقع نمی‌شود. مهر مالی نیست که زن در برابر گرفتن آن به زناشویی تن در می‌دهد؛ الزامی است که قانون بر عهدهٔ شوهر نهاده و در نکاح دایم جنبهٔ فرعی دارد. در اخلاق عمومی نیز توافق دربارهٔ مهر از انگیزه های اصلی نکاح نیست و نمی‌توان ادعا کرد که توافق طرفین در عقد اصلی منوط و وابستهٔ به آن است[2].

قانون مدنی نیز این واقعیت را پذیرفته و بطلان مهر را مؤثر در عقد نشناخته است (مواد ۱۰۸۷ و ۱۱۰۰ ق.م) و برای تأکید در مادهٔ ۱۰۸۱ آمده است: **«اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیهٔ مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است».**

---

۱. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۲۹۴ به بعد، به ویژه ش ۳۰۳.

۲. نظر مشهور درفقه امامیه نیز این است که بطلان مهر باعث بطلان عقد نمی‌شود: جواهر، ج ۳۱، ص ۱۱- محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۲، ص ۴۱۴- و برای دیدن نظر دیگر دربارهٔ بطلان عقد، رک: علامهٔ حلی، مختلف، ص ۵۴۱

۹۲. تعیین مهر در صورت بطلان تراضی:

اکنون که دانستیم در صورت بطلان مهر نکاح نافذ است و الزام قانونی مربوط به پرداختن مهر باید به گونه ای اجرا شود، باید دید طبیعت و حدود این الزام چیست و میزان مهر چگونه معین می‌شود؟

برای حل این مشکل سه پیشنهاد گوناگون ارائه شده است:[۱]

۱. در این حالت، چون توافق دربارهٔ مهر باطل است، در نظر قانون مانند موردی است که مهر در عقد معین نشده است. پس، زن در صورتی حق گرفتن مهر دارد که بین او و شوهر نزدیکی واقع شود. تنها در این فرض شوهر باید مهر المثل بپردازد. ولی، هر گاه پیش از نزدیکی نکاح به طلاق منتهی شود، شوهر هیچ مهری به عهده ندارد.[۲]

۲. در چنین حالتی زن استحقاق گرفتن مهرالمثل را دارد و الزام مرد منوط به وقوع نزدیکی نیست. زیرا، خواست دو طرف این بوده است که نکاح در برابر مهر باشد و، اکنون که به آنچه تراضی شده است اثری بار نمی‌شود، باید به جای مهرالمسمی به زن مهرالمثل داده شود. دین مرد در دادن مهرالمثل در برابر وقوع نزدیکی نیست؛ نتیجهٔ تراضی آنان به وقوع در برابر مهر است. بنابراین، اگر پیش از نزدیکی زن طلاق داده شود، باید نیمی از مهر را به او داد. همچنین، درصورتی که شوهر پیش از نزدیکی با زن بمیرد، تمام مهر از ترکهٔ او به زن داده می‌شود.[۳]

۳. در این گونه موارد، احترام به قصد مشترک ایجاب می‌کند که، اگر عین مهر به دلیلی به ملکیت زن درنیاید، قیمت آن پرداخته شود. منتها، چون این نظر در جایی که مهر مالیت ندارد یا مجهول است قابل اجرا به نظر نمی‌رسد، گروهی از این دسته بین

---

۱. برای دیدن این نظرها، رک. فخر المحققین، ایضاح، ج ۳، ص ۲۰٤ به بعد.

۲. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۳٤ – شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۳ – محقق، شرایع، کتاب نکاح – محقق قمی ، جامع الشتات، ص ٤٤۵ و ٤٤٦ – سیدعلی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح – به نظر محقق ثانی ، علامه را در قواعد باید در زمرهٔ این گروه آورد (جامع المقاصد، ج ۲، ص ٤۱۹) ولی خواهیم دید که شهید ثانی او را در زمرهٔ گروه دوم آورده است و صاحب جامع المقاصد نیز این احتمال را داده است.

۳. علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، کتاب نکاح، ص ۳۷- شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ٤۰۳ – همچنین شهید ثانی در مسالک (ج ۱، ص ۵۳٤) این نظر را به بعض از فقها نسبت داده است.

موردی که مهر مالیت دارد و معین است ولی به ملکیت زن در نمی‌آید با موردی که نمی‌توان برای آن ارزشی قائل شد تفاوت گذارده‌اند: به نظر اینان، در مورد نخست، باید قیمت مهر پرداخته شود و در مورد دوم مهر المثل جای مهر المسمی را می‌گیرد[1].

قانون مدنی نظر سوم را پذیرفته است، زیرا در مادهٔ ۱۱۰۰ مقرر شده است: **«در صورتی که مهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد، در صورت اول و دوم زن مستحق مهرالمثل خواهد بود و درصورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود، مگر این که صاحب مال اجازه نماید».**

چنان که می بینیم، در صورت اول و دوم، که مهر مالیت ندارد و مثل آن نیز معلوم نیست، مهرالمثل به عنوان بدل مهر تعیین شده پرداخته می‌شود. ولی، در مورد سوم، که حق مالک مانع از درستی مهر و ایجاد ملکیت برای زن است، قانونگذار حکم به دادن مثل یا قیمت آن کرده است تا مفاد توافق دربارهٔ میزان مهر محترم بماند.

با وجود این، پاره‌ای از استادان چنین پنداشته‌اند که مهر المثل در همه جا عوض نزدیکی با زن است و اجمال مادهٔ ۱۱۰۰ باید به وسیلهٔ مواد ۱۰۸۷ و ۱۰۸۸ رفع شود: بدین معنی که، در مورد مجهول ماندن یا مالیت نداشتن مهر، درصورت وقوع نزدیکی به زن اجرت‌المثل داده می شود. ولی، هر گاه زن پیش از نزدیکی بمیرد، به ورثهٔ او هیچ مهری داده نمی‌شود[2].

لیکن، باید دانست که در فقه امامیه، چنان که گفته شد، در این باره که آیا زن پیش از نزدیکی استحقاق گرفتن مهرالمثل را دارد یا مهر در برابر نزدیکی پرداخته می‌شود، اختلاف است. پس، نمی‌توان در این باره به عادت مسلم مذهبی یا فتوای معتبر و مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی مدنی استناد کرد. افزودن شرط وقوع نزدیکی به مادهٔ ۱۱۰۰، نه تنها با ظاهر بخش نخست این ماده، با مبنایی که در بخش دوم نیز انتخاب شده است

---

۱. نقل از مسالک، همان کتاب، ص ۵۳۵- همچنین، جامع المقاصد، ج ۲، ص ۴۱۹ که این نظر را به شیخ در مبسوط منسوب می کند- سبزواری، کفایه، ص ۱۷۹.

۲. دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۳۸۵- دکتر سیدحسین صفایی، پلی کپی درس حقوق خانواده، سال تحصیلی ۱۳۵۴، ش ۱۲۲ (که در این باره ادعای اجماع بین فقهای امامیه نیز شده است) – دکتر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۱۵۱، شرح مادهٔ ۱۱۰۰ ق.م. (ولی، در ش ۱۷۷ همان کتاب گفته شده است که هر گاه زوج قبل از دخول فوت کند تمام مهر را باید بدهد و در صورت طلاق نصف مهر را و این نتیجه با آنچه در متن آمده سازگار است).

منافات دارد. زیرا جایی که موضوع مهر به دیگری تعلق دارد و مالک آن را اجازه نمی‌دهد، توافق دربارهٔ تملیک آن به عنوان مهر باطل است. پس، اگر در نظر نویسندگان قانون مدنی بطلان مهر درحکم مواردی بود که عقد بدون مهر واقع شود، آیا مقرر می‌شد که شوهر مثل یا قیمت مالی را که دربارهٔ آن توافق شده است به زن بپردازد؟ و آیا می‌توان ادعا کرد که استحقاق مثل یا قیمت مال نیز منوط به وقوع نزدیکی بین زن و مرد است؟

حقیقت این است که طبیعت نکاح تابع خواست مشترک زن و شوهر است. اگر آنان توافق کرده باشند که عقد با مهر منعقد شود، باید از این خواسته تا حدود امکان پیروی کرد: در مرحلهٔ نخست، مثل یا قیمت مالی که موضوع توافق قرار گرفته است پرداخته می‌شود، زیرا این نزدیک‌ترین راه به هدف آنان است. ولی، هر گاه برای مهر مثل یا قیمتی تصور نشود، چاره جز این نیست که که مهرالمثل بدل موضوع توافق گیرد.

نکاح در صورتی بدون مهر به شمار می‌رود که زن و شوهر چنین خواسته باشند و تنها در این صورت است که زن پیش از نزدیکی استحقاق گرفتن مهرالمثل ندارد و مادهٔ ۱۰۸۷ قانون مدنی اجرا می‌شود. ممکن است، از نظر قواعد عمومی معاملات این مبنا قابل ایراد باشد و بر آن خرده بگیرند که چگونه می‌توان قصد را از موضوع آن جدا ساخت. ولی، با ملاحظهٔ مواد ۱۰۸۷ و ۱۱۰۰ قانون مدنی و تاریخ حقوق به خوبی معلوم می‌شود که نویسندگان قانون جز این نخواسته‌اند؛ امری که به طور مسلم به انصاف و طبیعت اخلاقی عقد نکاح سازگارتر است.

۹۳. مهر پنهانی و اثر اعلام نادرست آن در عقد:

مهری که در عقد ذکر می‌شود گاه مقصود واقعی نیست؛ احتمال دارد زیادتر از مهر واقعی یا کمتر از آن باشد یا آنچه مورد تراضی قرار گرفته است در عقد نیاید و به جای آن مال دیگری نام برده شود. بدین ترتیب، مهرالمسمی پنهان می‌ماند و آنچه اعلام می‌شود صوری است و ظاهری بی محتوا. پس، این پرسش مطرح می شود که کدامیک ازآن دو اعتبار دارد؟ مقصود واقعی که پنهان مانده است یا ظاهر ناخواسته که اعلام شده؟ یا بایستی گفت، آنچه اعلام شده به دلیل صوری بودن و آنچه مقصود است به دلیل اعلام نشدن اعتبار ندارد و عقد در حکم موردی است که بدون مهرالمسمی واقع شده یا مهر آن باطل است؟

بدین پرسش در دو فرض می‌توان پاسخ داد:

۱. فرضی که دو عقد بین زن و شوهر واقع شده است: عقد نخستین که در آن سخنی از مهر نرفته و مقصود پنهان مانده است، و عقد دیگری که به ظاهر مهری گزاف یا ناچیزتر از مقصود واقعی در آن آمده است. این فرض را فقیهان امامیه پیش بینی کرده و به آن پاسخ داده‌اند که نخستین عقد معتبر است و نکاحی که بعد از آن به انگیزهٔ وانمود کردن مهر ظاهری واقع شده لغو است[۱]. این نظر را، هم از نظر تاریخی و هم از لحاظ منطقی، در حقوق مدنی نیز باید تأیید کرد، خواه مهر نخستین بیشتر یا کمتر از عقد دوم باشد. همچنین است، اگر نخستین عقد حاوی مهر و دوم بدون مهر باشد. زیرا با انعقاد نخستین نکاح، عقد دوم بدون موضوع و بیهوده است. با وجود این، اگر احراز شود که مقصود از عقد دوم تغییر مفاد تراضی دربارهٔ مهرالمسمی یا میزان آن بوده است، این تراضی را بایستی محترم شمرد، زیرا فرض این است که زن و شوهر بعد از نکاح نیز می‌توانند به تراضی بر میزان مهر بیفزایند یا از آن بکاهند یا مال دیگری را مهر قرار دهند.

۲. فرضی که تنها یک عقد واقع شده است، منتها در آن عقد مقصود واقعی پنهان مانده و آنچه اعلام شده است با آن تفاوت دارد: مانند این که مهرالمسمی در واقع ده میلیون ریال است، ولی دو طرف تبانی می کنند که در عقد ده میلیون تومان بیاورند.

در این فرض، فقیهان اتفاق نظر ندارند و تنها معدودی از آن یاد کرده‌اند: شیخ طوسی در مبسوط (ج ٤، ص ۲۹۱) آنچه را در عقد اعلام شده است الزام‌آور می‌داند و تراضی واقعی بر مهر را قابل التفات نمی‌بیند، ولی صاحب جواهر الفاظ را وسیلهٔ بیان ارادهٔ دو طرف عقد می داند و بر همین مبنا گفته‌ای را که بنا به فرض کشف از وقوع تراضی نمی‌کند الزام‌آور نمی شناسد (ج ۳۱، ص ۳۷). شهید ثانی نیز (مسالک، ج ۱، ص ۵۳۸)، پس از طرح فرض‌های گوناگون و نقد نظر شیخ و ترجیح مقصود واقعی و پنهانی، اعلام می‌کند که دراین باره، چنان که شایسته است بحث و دقت نشده است.

---

۱. شیخ طوسی، مبسوط، ج۴، ص ۲۹۱- محقق، شرایع ، ص ۵۴۷- شهید ثانی، مسالک ، ج ۱، ص ۵۳۸- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۷ - علامهٔ حلی، قواعد ، کتاب نکاح (مهر) - محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۲، ص ۴۱۵ و ۴۱۶.

در واقع، فرضی که عنوان شده یکی از شاخه‌های این بحث مهم و اساسی است که در مقام تعارض ارادهٔ باطنی و ظاهری کدام را باید ترجیح داد؟ آیا منبع التزام مقصود واقعی دو طرف در تراضی است، یا آنچه در روابط اجتماعی اعلام شده است آنان را پای بند می‌کند؟ مباحثی که جای اصلی آن در «قواعد عمومی قراردادها» است[1].

۲. مهر قانونی

۹۴. مهر المثل:

مهرالمثل، در زبان حقوقی به مهری گفته می شود که مقدار آن با رعایت «حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به امائل و اقران و اقارب و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود» (مادهٔ ۱۰۹۱)[2]. بنابراین، میزان مهرالمثل بر حسب حال زن و داوری عرف معین می‌شود و ممکن است با مهرالمسمی برابر یا متفاوت باشد.

تعیین مهر در نکاح دائم از شرایط درستی عقد نیست و ممکن است موکول به تراضی بعد از آن شود یا در عقد زن اعلام کند که مهر نمی‌خواهد. همچنین، در پاره‌ای موارد تراضی دربارهٔ مهر، به دلیل مجهول ماندن موضوع آن یا مالیت نداشتن، نفوذ حقوقی ندارد یا، در نتیجهٔ سوء تفاهم دربارهٔ مفاد پیشنهاد، تراضی محقق نمی شود. در چنین حالاتی است که مهر المثل جایگزین مهر المسمی می‌شود.

مواردی را که به موجب قانون مدنی زن باید مهرالمثل بگیرد بدین ترتیب می‌توان خلاصه کرد:

۱. صورتی که ضمن عقد سخنی از مهر گفته نشود یا عدم استحقاق زن در گرفتن مهرشرط شده باشد، پس از وقوع نزدیکی زن استحقاق مهر المثل را دارد (مادهٔ ۱۰۸۷ ق.م.).

۲. صورتی که تراضی در باب تعیین مهر به جهتی باطل باشد و برای مهر نتوان مثل یا قیمتی معین کرد، مانند موردی که مهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد

---

۱. ناصر کاتوزیان، همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج۱، ص ۱۲۹ ببعد.

۲. فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع (ج۳، ص ۲۷۸) می نویسد: «المعتبر فی مهر المثل، حال المرأة فی الشرف و الجمال و البکارة و صراحة النسب و الیسار و حسن التدبیر و ماجری مجری ذلک، مع عادة اقاربها التی من اهل بلدها او ما قاربه مما لایختلف باختلافه المهر عادة...»

(مادهٔ ۱۱۰۰قانون مدنی) یا، به علت اشتباه و فهم نادرست در مفاد پیشنهادها، تراضی محقق نشود. در این صورت نیز زن مهر المثل می‌گیرد. منتها، چنان که گفته شد، استحقاق گرفتن این مهرالمثل منوط به وقوع نزدیکی نیست.

۳. موردی که نکاح باطل است، ولی زن از فساد آن اطلاع ندارد، و در اثر جهل به حکم یا موضوع عقد، آن را درست پنداشته است. در این حالت، اگر نزدیکی واقع شده باشد، زن استحقاق گرفتن مهرالمثل را دارد (مادهٔ ۱۰۹۹ قانون مدنی)[1].

۹۵. مهر المتعه:

«هر گاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهرالمتعه است...» (مادهٔ ۱۰۹۳). برای تعیین مهر المتعه، دیگر زیبایی و شرافت و شایستگی زن مورد نظر نیست؛ مرد باید به تناسب ثروت خود مالی به زن بدهد؛ چنان که مادهٔ ۱۰۹٤ قانون مدنی می‌گوید:

«برای تعیین مهر المتعه، حال مرد از حیث غنا و فقر، ملاحظه می‌شود».

۹٦. تفاوت های مهر المتعه و مهر المثل:

مهرالمتعه و مهرالمثل در موردی معین می‌شود که یا در عقد ذکری از مهر نشده باشد یا تراضی طرفین در باب مهرالمسمی باطل اعلام شود، و از این حیث با هم شباهت دارند، ولی میان آنها سه تفاوت اساسی وجود دارد:

۱. در تعیین مقدار مهرالمثل صفات و حال زن ملاک است، ولی مهرالمتعه به تناسب دارایی مرد معین می‌شود.

۲. مهرالمثل به طور معمول در صورتی داده می‌شود که بین زن و مرد نزدیکی واقع شده باشد، ولی مهر المتعه اختصاص به نکاحی دارد که پیش از نزدیکی به طلاق منتهی گردد.

---

۱. ابو حنیفه در این مورد اعتقاد دارد که زن استحقاق کمترین مقدار از مهرالمسمی و مهر المثل را دارد. زیرا با رضایت دادن به مهر المسمایی کمتر از مهر المثل به سقوط بخشی از حق خویش رضایت داده است (محمد ابوزهره، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، ش ۲۰۰). ولی در انتقاد از آن می‌توان گفت رضای زن به نکاح با مهر کمتر مقید به درستی عقد و ایجاد پیوند زناشویی است و در صورت بطلان عقد دیگر نمی‌توان به آن استناد کرد.

۳. استحقاق زن در گرفتن مهرالمثل بعد از نزدیکی ایجاد می شود، خواه زوجیت ادامه یابد، یا در اثر طلاق یا فوت یا فسخ نکاح منحل شود. ولی مهرالمتعه در صورتی به زن داده می‌شود که پیش از نزدیکی مرد زن خود را طلاق دهد. پس، اگر در اثر فوت یکی از زوجین یا خیار فسخ یا درخواست طلاق ازطرف زن نکاح از بین برود، زن حق مطالبهٔ مهرالمتعه ندارد.

ب. الزام به تسلیم مهر و تملک آن

۹۷. الزام به تسلیم مهر و نتایج آن:

شوهر وظیفه دارد که مهر را به زن تسلیم کند و تا زمانی که به این تکلیف عمل نکرده ضامن عیب و تلف آنست. چنان که در مادهٔ ۱۰۸٤ ق.م. آمده است که: **«هر گاه مهر عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقود معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب و یا تلف شود، شوهر ضامن عیب و تلف است»**[۱] ضمان شوهر بدین ترتیب است که، هر گاه عین مهر تلف شود، او باید مثل یا قیمت مال تلف شده را به زن تسلیم دارد و، در صورتی که مهر معیب باشد، زن حق دارد یکی از این دو راه را انتخاب کند:

۱. توافق انجام شده را فسخ کند و مهر را برگرداند و مثل یا قیمت آن را از شوهر بخواهد.

۲. عین مهر را نگاهدارد و تفاوت قیمت بین صحیح و معیب را به عنوان ارش مطالبه کند (مستفاد از مادهٔ ٤۲۲ قانون مدنی در خیار عیب)[۲].

---

۱. راه حل دیگری که به نظر می رسد این است که تلف عین مهر توافق دربارهٔ آن را منحل سازد و قضیه در حکم موردی باشد که مهر معین نشده است. ولی قانون مدنی، با ضامن قرار دادن شوهر نسبت به مهر تلف شده این راه‌حل را نپذیرفته است. زیرا، در صورت انحلال توافق دربارهٔ مهر، دیگر نمی‌توان گفت شوهر ضامن تلف است. منحل نشدن مهر نشانهٔ این است که الزام به پرداختن مهر عوض زوجیت نیست و استقلال دارد.

۲. قول مشهور در فقه امامیه نیز این است که ضمان شوهر در مورد تلف و عیب مهر(در زمان عقد) ضمان قهری (ید) است نه معاوضی: یعنی زن حق دارد بدل مال تلف شده را از شوهر بخواهد و فسخ باعث نمی شود که نکاح در حکم موردی به شمار آید که مهر در آن ذکر نشده و باید مهرالمثل به زن پرداخته شود. به اضافه، هیچگاه نکاح به این دلیل منفسخ نمی شود. زیرا، همان طور که اشاره شد، رابطهٔ بین مهر و زوجیت مانند ←

همچنین است در موردی که عیب در زمان عقد موجود نباشد ولی پیش از تسلیم به زن حادث شود. زیرا به موجب مادهٔ ٤۲۵ قانون مدنی: «**عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود، در حکم عیب سابق است**» و به نظر می‌رسد که مبنای آن در نکاح نیز وجود دارد و قابل پذیرفتن است.

باید دانست که همهٔ نویسندگان این نظر را پذیرفته‌اند: پاره‌ای عیب مهر را پیش از تسلیم با نقص مبیع قیاس کرده و گفته‌اند، از ملاک مادهٔ ۳۸۸ قانون مدنی برمی‌آید که زن تنها حق فسخ دارد[1].

گروه دیگر اعتقاد دارند که زن در این حالت فقط می‌تواند تفاوت قیمت را بگیرد. زیرا، پس از عقد مهر به ملکیت زن درمی‌آید و شوهر ضامن خساراتی است که پیش از تسلیم، به علت عیب یا تلف، بر آن وارد می‌شود. عیب مهر در حکم تلف بعض آن است، بنابراین ضمان مرد با پرداختن ارش اجرا می‌شود و، چون بنا به فرض عین مهر در هنگام تراضی سالم بوده است، هیچ موجبی برای امکان فسخ آن به نظر نمی‌رسد[2].

برای تکمیل مطالب یاد شده توجه به این دو نکته نیز ضروری است:

۱. آنچه در مورد ضمان تلف یا عیب مهر گفته شد، در صورتی است که مهر عین معین باشد، وگرنه در مهر کلی، ملکیت زن به طور معمول با تسلیم مصداقی از کلی تحقق می‌یابد و پیش از آن زن مالی ندارد تا بحث از تلف شدن آن به میان آید. همچنین، اگر فردی که تسلیم شده معیب باشد، معلوم می‌شود که شوهر به عهد خود چنان که باید وفا نکرده است. پس، زن می‌تواند الزام او را به تسلیم فرد سالم از دادگاه بخواهد. با وجود این، هر گاه پیش از تسلیم مهر کلی مصداق آن به طور قاطع از طرف شوهر معین شود، تملک مهر تحقق می‌یابد. پس، اگر چنین مهری پیش از تسلیم تلف شود، درحکم موردی است که مهر از آغاز معین بوده است[3].

←رابطهٔ بین دو عوض در بیع نیست و این دو با هم مبادله نمی شود (مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۳۹ – جامع المقاصد، ج ۲، ص ٤۱٦).

۱. مرحوم سید حسن امامی، ج٤، ص ٤۱٦.

۲. مشهور فقهای امامیه همین نظر را دارد (مسالک ، ج ۱، ص ۵۳۹) و مرحوم دکتر امامی نیز از نظر اصول حقوقی آن را درست می داند (ج ٤، ص ۳۹۳).

۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، ش ۸۰ و ۱۰۷.

۲. در مواردی که مرد باید قیمت مهر تلف شده را به زن بدهد، به نظر مشهور ملاک قیمت روز تلف است. زیرا در این لحظه است که مرد ضامن پرداخت پولی از بابت تلف مهر می‌شود. با وجود این، حکم به ضمان قیمت روز صدور حکم یا تسلیم قوی‌تر است[۱].

۹۸. حق حبس:

نپرداختن مهر و عدم توافق دربارهٔ میزان آن در نفوذ نکاح اثر ندارد و هر شرطی که خلاف این ترتیب را مقرر دارد باطل است؛ چنان که مادهٔ ۱۰۸۱ در این زمینه می‌گوید: **«اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیهٔ مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است».** در مفهوم مهر نیز گفته شد (ش ۸۷) که بین الزام مرد به دادن مهر و پیوند زناشویی رابطهٔ علیت وجود ندارد و نباید نکاح را با خرید و فروش یا سایر عقود معوض قیاس کرد. با وجود این، مادهٔ ۱۰۸۵ قانون مدنی در موردی خاص قواعد معاملات معوض را در نکاح نیز جاری کرده است. به موجب این ماده: **« زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند».** این حق را که مانند آن در روابط بین خریدار و فروشنده نیز شده است «حق حبس» می‌گویند.[۲]

در فقه، مفاد حق حبس عبارت از خودداری از همخوابگی با شوهر است و شامل سایر وظایفی که زن در برابر شوهر دارد، مانند تکلیف مربوط به حسن معاشرت با او، نمی‌شود. به بیان دیگر، حق حبس ناظر به تمکین به معنی خاص آن است. پاره‌ای از استادان حقوق مدنی نیز از همین نظر پیروی کرده‌اند[۳]، ولی بعض دیگر نظر داده‌اند که زن می‌تواند به اقامتگاه شوهر نرود.[۴]

با این که ظاهر مادهٔ ۱۰۸۵ با نظر اخیر سازگارتر است و عبارت قانون همهٔ وظایفی را که زن در برابر شوهر دارد مشمول حکم خود کرده است، از سابقهٔ تاریخی مادهٔ ۱۰۸۵ و به ویژهٔ قرینهٔ موجود در مادهٔ ۱۰۸٦ چنین برمی‌آید که قانونگذار به تمکین

---

۱. ناصر کاتوزیان، مسئولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۲۹۰.

۲. محقق قمی، جامع الشتات، ص ۴۲۵- علامهٔ حلی، مختلف، ص ۵۴۶.

۳. مرحوم دکتر امامی، ج ۴، ص ۳۹۴ و ۳۹۵.

۴. مرحوم دکتر سید علی شایگان، ج ۱، ش ۷۸۷.

خاص نظر داشته است. زیرا، در این ماده آمده است که: «**اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود نمی‌تواند از حکم مادهٔ قبل استفاده کند. معذالک حقی که برای مطالبهٔ مهر دارد ساقط نخواهد شد**». نه تنها وظایفی که زن در برابر شوهر دارد با الزام به دادن مهر ارتباط حقوقی ندارد، در نظر عرف ناظر به تمام دورهٔ زناشویی است: باید در مسکنی که شوهر تعیین می کند سکونت گزیند، با او خوشرویی کند و در ادارهٔ خانواده معاون و یاور همسر خود باشد. پس، با یک بار خوشرویی کردن یا چند دقیقه به خانهٔ شوهر آمدن نمی‌توان ادعا کرد که او به وظایف زناشویی عمل کرده است. ولی، مفهوم عرفی تمکین خاص، با نخستین نزدیکی با شوهر تحقق می‌پذیرد و به همین دلیل است که یک بار نزدیکی باعث می‌شود که تمام مهر به ذمهٔ شوهر مستقر شود.[1]

با وجود این، باید اعتراف کرد که جدا کردن وظایف زناشویی از یکدیگر در پاره‌ای امور دشوار است: برای مثال، چگونه می‌توان از زنی انتظار داشت که به خانهٔ شوهر رود و با او زندگی کند و بتواند از تمکین امتناع ورزد؟ پس، دادگاه می‌تواند دست کم در بعضی موارد و با توجه به اوضاع و احوال دعوا، امتناع از رفتن به خانهٔ شوهر را، به عنوان لازمهٔ عرفی حق زن در خودداری از تمکین، بپذیرد و آن را «نشوز» به حساب نیاورد.

۹۹. آیا حق حبس برای شوهر نیز وجود دارد؟

در معاملات معوض، حق حبس برای هر دو طرف به وجود می آید؛ چنان که در عقد بیع، فروشنده می‌تواند تسلیم مبیع را موکول به پرداختن تمام ثمن کند و خریدار نیز حق دارد از دادن ثمن خودداری کند تا ثمن به او تسلیم شود. ولی، آیا این ترتیب در نکاح نیز قابل اجرا است و شوهر نیز به نوبهٔ خود حق دارد پرداختن مهر را منوط به تمکین سازد؟

---

۱. اجرای سایر وظایف زناشویی با الزام به مهر رابطه‌ای ندارد، ولی تمکین خاص باعث می‌شود که ملکیت نیمی از مهر (که بعد از عقد متزلزل مانده است) به عهدهٔ شوهر مستقر شود. همچنین دیدیم که نزدیکی بین زن و شوهر موجب الزام مرد به دادن مهرالمثل می شود، در حالی که اقامت در محل سکونت شوهر و خوشرویی و معاضدت با او هیچ حقی در این باب برای زن به وجود نمی‌آورد.

در فقه، نکاح را به سایر عقود معوض مانند کرده‌اند و حق حبس مهر را برای شوهر نیز شناخته‌اند. منتها، در مقام جمع بین حق شوهر و زن به این اشکال برخورده‌اند که، اگر زن پیش از گرفتن مهر اجبار به تمکین شود و به دلیلی نتواند آن را از مرد بگیرد، حقی را از دست می‌دهد که جبران پذیر نیست؛ در حالی که از بین رفتن مهر را با پول می توان جبران کرد. پس، ناچار شده‌اند که از قواعد عمومی تجاوز کنند و نخست شوهر را به دادن مهر مجبور سازند یا امینی با توافق زوجین برگزینند که مهر به او تسلیم شود و پس از تمکین زن امین مهر را به او بدهد: بدین ترتیب، در عمل شوهر ناگزیر است که مهر را پیش از تمکین بپردازد.[1]

نویسندگان قانون مدنی، شاید به دلیل احتراز از این گونه اشکال‌ها، در مادهٔ ۱۰۸۵ تنها از حق حبس زن سخن گفته‌اند و نسبت به حبس مهر از طرف شوهر سکوت کرده‌اند. این سکوت، در جایی که به طور معمول باید حق شوهر نیز اعلام شود، قرینه بر این است که نخواسته‌اند پیمان زناشویی را در بند گروکشی‌های ناگوار قرار دهند و چهرهٔ معنوی آن را از بین ببرند.

مفهوم کنونی نکاح با آنچه پیشینیان از این عقد داشته‌اند تفاوت کرده است. حقوقدان امروز انسان را قابل مبادلهٔ با پول نمی‌داند و نمی‌تواند تصور کند که زناشویی به معنی معاوضهٔ همخوابگی در برابر مهر است. در اسلام نیز چنین تصوری از نکاح نداشته‌اند و جنبهٔ روحانی آن را ندیده نمی‌گرفتند، ولی پاره ای از فقیهان خواسته‌اند تا قواعد عقود معوض را به طور ناقص در نکاح اجرا کنند و به نظر ما در قانون مدنی این طرز فکر پذیرفته نشده است.[2]

---

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، کتاب نکاح (مهر)- شهید ثانی، مسالک الافهام، ص ۵۴۰ – ملا محسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۲۸۰.

راه‌حل‌های دیگری نیز پیشنهاد شده است: از جمله این که هیچ یک از زن و شوهر اجبار نمی‌شوند، ولی هر کدام که زودتر به تعهد خود عمل کند می‌تواند اجبار دیگری را بخواهد. ولی اجرای این شیوه سبب می‌شود که زناشویی نیز مانند معاملات در گروکشی افتد و بنیان خانواده متزلزل شود (برای دیدن این نظرها رجوع شود به: محقق ثانی، جامع المقاصد، ج۲، ص ۴۱۷).

۲. برای دیدن استدلال مخالف، رجوع شود به ، دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۳۹۶ و ۳۹۷.

۱۰۰. موارد سقوط حق حبس:

حق حبس زن در دو مورد از بین می رود و شوهر می‌تواند، پیش از پرداختن مهر، از زن بخواهد تا به وظایف زناشویی عمل کند:

۱. **موردی که برای پرداختن مهر اجلی معین شده باشد:** در این حالت زن در عقد نکاح پذیرفته است که مهر پس از مدتی به او تسلیم شود. روابط زن و شوهری با پیوند زناشویی آغاز می‌شود و هریک از طرفین تکالیفی می‌یابد که باید به آن عمل کند. حق حبس مانع مشروعی است که زن به استناد آن می تواند از اجرای پاره‌ای از این تکالیف معاف شود. پس، وقتی به مؤجل بودن مهر رضایت می‌دهد، بدین معنی است که از این حق می‌گذرد. به همین جهت، در پایان مادهٔ ۱۰۸۵ آمده است «... **مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود**».

بدین ترتیب، گذشتن مهلتی که برای پرداخت مهر مقرر شده است، آن را به منزلهٔ مهر حال نخواهد ساخت، زیرا چنان که گفته شد، قرار دادن مهلت به معنی انصراف از حق حبس است، و فرا رسیدن موعد پرداخت، حق ساقط شده را دوباره ایجاد نمی‌کند.[1]

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که، اگر پرداختن مهر منوط به گذشتن مدت معین نباشد ولی موکول به تحقق شرطی شود که هنگام نکاح وجود ندارد، آیا توافق دربارهٔ چنین شرطی در حکم تعیین اجل برای مهر است و حق حبس زن را ساقط می‌کند یا هیچ اثری در این باره ندارد؟

برای مثال، در نکاحنامه آمده است که پرداختن مهریه به عهدهٔ شوهر است که باید درصورت توانایی مالی «عند القدرة و الاستطاعة» بپردازد. شرطی که در بیشتر قباله‌ها پیشینیان می‌نوشتند و امروز نیز کم و بیش پاره‌ای از سردفتران از این رسم پیروی می‌کنند. این شرط به طور مسلم «اجل معین» نیست، ولی آیا این نکته را نمی‌رساند که، بنا بر مفاد توافق، پرداختن مهر نباید موجب تنگدستی شوهر شود؟

پاره‌ای از سردفتران و دادرسان از این شرط بی تأمل می‌گذرند و چنین می‌پندارند که وعدهٔ بی اثری است و در حق حبس زن اخلال نمی‌کند. ولی این پندار نادرست را

---

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵٤۱- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ٤۳ – ولی بعضی از فقها نظر داده‌اند که زن حق حبس دارد (رجوع شود به همان کتاب).

نباید پذیرفت. زیرا، هرگاه تعیین اجل معین، از این لحاظ که اسقاط ضمنی حق حبس است، مانع از این شود که زن از ایفای وظایف زناشویی خودداری کند، آیا توافق در این باره که شوهر در صورت توانایی مالی مهر را بپردازد، نسبت به کسی که معلوم است درهنگام نکاح استطاعت پرداختن مهررا ندارد، همان معنی را نمی‌دهد و به منزلهٔ انصراف از حق حبس نیست؟

تنها تفاوتی که بین دو فرض وجود دارد این است که، در مورد تعیین اجل، بی‌تردید و بی‌آنکه نیازی به رسیدگی باشد، حق حبس زن از بین می‌رود. ولی، در فرضی که پرداختن مهر منوط به استطاعت مالی شوهر شده است، دادگاه بایستی احراز کند که شوهر در زمان انعقاد نکاح توانایی پرداختن مهر را نداشته است و طرفین برای دادن مهلت به او چنین شرطی کرده‌اند.

در این صورت، حق حبس به طور ضمنی ساقط شده است و استطاعت مالی شوهر بعد از نکاح نیز این حق را دوباره ایجاد نمی‌کند، چنان که فرا رسیدن اجل مهر نیز، چنان که گفته شد، حق حبس برای زن نمی‌آورد. ولی، اگر احراز نشود که توافق دربارهٔ شرط ناظر به وضع کنونی شوهر و دادن مهلت به او بوده است و دو طرف می‌خواسته‌اند درباره وضع احتمالی آینده تصمیم بگیرند، دادگاه نمی‌تواند وجود شرط را دلیل بر اسقاط ضمنی حق حبس به شمار آورد.

به هر حال، اعسار شوهر حق حبس زن را از بین نمی‌برد زیرا راست است که در چنین حالتی مطالبهٔ مهر از او امکان ندارد، ولی باید دانست که امکان گرفتن مهر با استفاده از حق حبس ملازمه ندارد[1]. همچنین، در موردی که دادگاه یا اجرای ثبت به درخواست شوهر و به دلیل اعسار او مهلت عادله می‌دهد یا قرار اقساط می‌گذارد، نباید مهر را مؤجل پنداشت. زیرا، اجلی که بدین گونه بر زن تحمیل می‌شود، حاکی از ارادهٔ او بر سقوط حق حبس نیست[2].

۲. به موجب مادهٔ ۱۰۸٦ قانون مدنی: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم مادهٔ قبل

---

۱. صاحب جواهر دربارهٔ توجیه این نظر می‌نویسد: «ضرورة ان اعساره و ان اسقط حق المطالبة عنه بالادلة الشرعية لكنه لا يرفع حقها المستفاد من المعاوضة فما عن ابن ادريس من منعها من الامتناع لاعسار المانع من المطالبة واضح الضعف اذ امتناع المطالبة لا يوجب تسليم المعوض قبل العوض...» (جلد نکاح، کتاب نکاح).

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین(۱)، ش ۹۹ – هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی شمارهٔ ۷۰۸–۱۳۸۷/۵/۲۲ وحدت رویهٔ قضایی: مجلهٔ قضاوت، شهریور ۷۸.

استفاده کند، معذالک حقی که برای مطالبهٔ مهر دارد ساقط نخواهد شد.» در این ماده نیز قانونگذار از قواعد عمومی معاملات معوض پیروی کرده است: اگر تمکین به اختیار زن انجام گیرد، حادثه‌ای مانند آنچه در سایر معاملات قبض نامیده می‌شود رخ داده است و پس از آن دیگر اختیاری برای حبس باقی نمی‌ماند.

در فقه نظر دیگری نیز وجود دارد که بر طبق آن زن می‌تواند پس از نزدیکی هم از حق حبس استفاده کند. مبنای این عقیده که به شیخ مفید و شیخ طوسی نسبت داده شده این است که منفعت ناشی از آمیزش با زن در طول زمان تجدید می‌شود و نمی‌توان ادعا کرد که تمام منفعت با یک بار تمکین به مرد تسلیم شده است[1]. ولی، این استدلال را نویسندگان قانون مدنی نپذیرفته و از عقیدهٔ مشهور پیروی کرده‌اند.

۱۰۱. حق حبس در مواردی که مهر معین نشده یا عدم مهر در عقد شرط شده است:

در موردی که مهر در نکاح معین نشده است، گفته می‌شود که، این سکوت استحقاق زن را در گرفتن مهر از بین نمی‌برد، زن حق دارد که از تمکین خودداری کند تا مهر تعیین و تسلیم شود[2]. این گفته در صورتی قوی است که سبب استحقاق زن در گرفتن مهرالمثل عقد نکاح باشد نه نزدیکی، در حالی که از احکام نکاح به خوبی برمی‌آید که «نزدیکی» تمام یا جزئی از سبب حق زن بر مطالبهٔ مهرالمثل است. به همین جهت، اگر نکاح پیش از نزدیکی به طلاق منتهی شود، زن حقی بر مهرالمثل ندارد. همچنین، انحلال نکاح در اثر فوت نیز هیچ حقی برای او ایجاد نمی‌کند.

وانگهی، برطبق قواعد عمومی معاوضه، حقی مبنای ایجاد «حق حبس» می‌شود که قابل مطالبه باشد.

حق زن بر مهرالمثل منوط و معلق بر وقوع نزدیکی است و درجه‌ای ضعیف‌تر از مهر مؤجل دارد، پس، نمی‌توان ادعا کرد که الزام به تمکین زن منوط به ایفای حقی است که خود معلق به وقوع تمکین شده است.

---

۱. نقل از: جواهر الکلام، همان جلد و کتاب.

۲. دکتر سید حسن امامی، ج۴، ص ٤٢٥ و ٤٢٦.

پاره‌ای از استادان دورتر رفته و گفته‌اند، اگر زن به نکاح بدون مهر نیز رضایت داده باشد، می‌تواند از حق حبس استفاده کند[1].

دلیل وجود حق حبس این است که شرط راجع به نکاح بدون مهر باطل است و هیچ اثری در رابطهٔ دو طرف ندارد. ولی، باید دانست که، هر چند این شرط دربارهٔ مهر نفوذ حقوقی ندارد و زن در هر حال می‌تواند مطالبهٔ مهر کند، از جهت اسقاط حق بی‌اثر نیست، زیرا، وقتی رضای زن بر این که مهر بعد از مدتی پرداخته شود، حق حبس او را از بین می‌برد، چگونه می‌توان ادعا کرد که توافق او دربارهٔ نخواستن مهر هیچ اثر حقوقی ندارد و همچنان حق حبس برای او باقی است؟

۱۰۲ . ایجاد و زوال حق زن بر مهر:

در صورتی که ضمن نکاح مقدار مهر معین نشده یا عدم مهر شرط شده باشد، حق زن نسبت به مطالبهٔ مهرالمثل منوط به وقوع نزدیکی بین او و مرد است و، چنان که گفته شد، اگر مرد پیش از آن زن را طلاق دهد، بایستی «مهرالمتعه» بپردازد. در چنین حالتی، اگر پیش از نزدیکی و تعیین مهر یکی از زوجین بمیرد، زن مستحق هیچ گونه مهری نیست (مادهٔ ۱۰۸۸ ق.م.) ولی، هر گاه پس از عقد میزان مهر را معین سازند و شوهر یا زن بمیرد، قضیه در حکم موردی است که مهر در عقد تعیین شده و نکاح به علت فوت یکی از زوجین پیش از نزدیکی منحل گردیده است.

ولی، در مورد مهر المسمی، که شایع‌ترین اقسام مهر است، همین که عقد واقع شد، حق زن بر مهر نیز ایجاد می‌شود: بدین ترتیب که، اگر مهر عین معین باشد، زن پس از عقد مالک آن می‌شود و می تواند از تمام منافع آن استفاده و هر تصرفی را که مایل باشد بکند (مادهٔ ۱۰۸۲ ق.م.)[2] و در موردی که مهر عین کلی یا حق بر ذمهٔ مرد است، زن به مجرد نکاح طلبکار آن است و می‌تواند به شوهر رجوع کند، مگر این که ضمن عقد مهلت معینی برای پرداختن آن معین شده باشد (مادهٔ ۱۰۸۳ همان قانون).

---

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ٤، ص ٤٢٥ و ٤٢٦.

۲. در فقه نیز مشهور همین است، ولی بعضی گفته اند که زن در اثر عقد مالک نصف مهر می شود، برای ملاحظهٔ دلایل طرفین رجوع شود به: سیدمحمد مجاهد، مناهل، کتاب نکاح.

با وجود این، چنان که در مادۀ ۱۰۹۲ آمده است: «هر گاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود، و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند».

نتیجه: از جمع بین این ماده و حکم مادۀ ۱۰۸۲ دربارۀ تملک تمام مهر به موجب عقد چنین نتیجه می‌شود که «وقوع طلاق پیش از نزدیکی» بر طبق قانون شرط انحلال ملکیت نیمی از مهر قرار داده شده است: بدین معنی که، وقوع طلاق حق زن را نسبت به نصف مهر از میان می‌برد و شوهر را دوباره مالک آن می‌سازد.[1] به همین جهت، تملک دوبارۀ مرد مسائلی را پیش می‌آورد که حل آن همیشه آسان نیست و زیر عنوانی جداگانه مطرح خواهد شد.

همچنین، اگر نکاح پیش از نزدیکی به سبب قانونی فسخ شود، زن حق گرفتن مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ ناتوانی جنسی مرد (عنن) باشد، که در این صورت، با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است (مادۀ ۱۱۰۱ ق.م.).

انحلال نکاح به دلیل فوت را نباید با طلاق و فسخ نکاح در مورد عنن قیاس کرد. زیرا، از مفاد مادۀ ۱۰۸۲ به خوبی برمی‌آید که زن پس از عقد مالک مهرالمسمی می‌شود و حکم مادۀ ۱۰۹۲ در مورد استرداد نیمی از مهر ویژۀ طلاق پیش از نزدیکی است و باید محدود به همان مورد شود[2]. احکام مربوط به فسخ نکاح را نیز با طلاق و فوت نباید مخلوط کرد و خواهیم دید که فسخ نیز احکامی استثنایی و ویژۀ خود دارد. بنابراین، هر گاه شوهر پیش از نزدیکی بمیرد، زن تمام مهر المسمی را استحقاق دارد و در موردی که زن فوت می‌کند، مهریه در زمرۀ ترکۀ او است که به وارثان می‌رسد و آنان حق دارند از شوهر مطالبه کنند.

---

۱. در موردی که زن به طلاق رجعی مطلقه می شود و زن و مرد در زمان عده رجوع می‌کنند و این بار پیش از نزدیکی زن مطلقه می شود، زن مستحق تمام مهر است، زیرا رجوع نکاح مجدد نیست و رابطۀ زن و شوهر پس از آن دنبالۀ نکاح نخستین است. ولی، هر گاه طلاق زن باین باشد و در عده دوباره با هم ازدواج کنند و این نکاح پیش از نزدیکی به علت طلاق منحل شود، زن مستحق نصف از مهر است. زیرا، بر خلاف آنچه پاره‌ای از نویسندگان عامه ادعا کرده اند (نقل: از مسالک، ج۱، ص ۵۵۱)، نکاح دوباره به منزلۀ رجوع به نکاح پیشین نیست و در اثر طلاق بائن رابطۀ زوجیت بین طرفین به کلی قطع می شود (محقق حلی، شرایع، کتاب نکاح – جواهر الکلام، جلد نکاح، کتاب نکاح).

۲. محقق قمی، جامع الشتات، ص ۴۲۵ – علامۀ حلی، مختلف، ص ۵۴۴.

با وجود این، پاره‌ای از فقیهان که اعتقاد دارند زن پس از نکاح مالک نیمی از مهر می‌شود و نیم دیگر در اثر نزدیکی به او منتقل خواهد شد، تأیید می‌کنند که در هر مورد که نکاح پیش از نزدیکی منحل شود استحقاق بیش از نصف مهر را ندارد[۱].

ج : انحلال ملکیت مهر در طلاق پیش از نزدیکی

۱۰۳. تحلیل فرض ها:

گفته شد که اگر پیش ازنزدیکی زن مطلقه شود مالکیت نیمی از مهر المسمی به او باز می‌گردد، اکنون باید دید تملک دوبارهٔ شوهر چگونه انجام می شود و آثار آن چیست؟ پاسخ این پرسش را در سه فرض گوناگون بررسی می‌کنیم: ۱) مهر کلی ۲) مهر عین معین ۳) مهر منفعت یا انجام دادن کار.

۱۰٤. فرض نخست: موضوع مهر کلی است:

در موردی که موضوع مهر مال کلی به ویژه پول است، این انتقال به آسانی در ذهن تصویر می شود. زیرا، اگر شوهر پولی را که بر ذمه داشته است پرداخته باشد، پس از طلاق می‌تواند نیم آن را پس بگیرد. در موردی هم که مهر پرداخته نشده است، در اثر طلاق شوهر نسبت به نصف مهر بری خواهد شد. با وجود این، در حالتی که زن شوهر خود را ابراء کرده است، این تردید به میان آمده است که آیا در این فرض نیز، پس از طلاق، زن باید نیمی از مهر مقرر را به شوهر بدهد، یا شوهری که مهر نپرداخته است استحقاق گرفتن مالی را ندارد؟

جمعی از نویسندگان گفته‌اند که ابراء نیز نوعی تصرف است که بدان وسیله زن مهر را از بین برده است. از سوی دیگر، ابراء نیز مانند وفای به عهد دین شوهر را دربارهٔ مهر ساقط می کند. بنابراین، قضیه تابع موردی است که تمام مهر به زن پرداخته شده و او آن را از بین برده یا به دیگری منتقل ساخته است[۲].

---

۱. سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب نکاح – سید علی طباطبایی، ریاض، ج۲، نکاح.

۲. فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج۳، ص ۲۷۹- شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج نکاح، کتاب نکاح – محقق قمی، جامع الشتات، ص ۴۸۰ و ۴۸۱ – شهید ثانی، شرح لمعه، ج۵، ص ۳۵۸ ببعد؛ مسالک الافهام؛←

ولی، پذیرفتن این نظر دشوار است و باید نظر کسانی را تأیید کرد که شوهر را در این مورد مستحق چیزی ندانسته‌اند[1]. زیرا، زن در نتیجهٔ نکاح مالی از مرد نگرفته است و طلب خود را نیز به کسی منتقل نکرده است تا گفته شود انتقال طلب در حکم اتلاف آن است. او ذمهٔ مرد را (به عنوان مدیون مهر) بری ساخته و بدین ترتیب اعلام کرده است که مالی از بابت مهر نمی‌خواهد. شوهر نیز در اثر ابراء زن به آنچه استحقاق داشته رسیده است. پس، چگونه می‌توان چنین زنی را، به بهانهٔ این که در مهر تصرف کرده است، ملزم ساخت که نیمی از مهری را که نگرفته است به مرد بازگرداند؟ ذوق سلیم و انصاف نیز چنین حکمی را نمی‌پذیرد و ظاهر مادهٔ ۱۰۹۲ که می‌گوید: «**...اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را .... استرداد کند**» شامل این مورد نمی‌شود.

با وجود این، اگر ثابت شود که ابراء ذمهٔ شوهر در برابر عوضی بوده است که در روابط مالی زوجین عاید زن شده، زن باید پس از طلاق نصف مهر را پس بدهد. زیرا، با اثبات معوض بودن ابراء، در واقع آنچه به وقوع پیوسته تبدیل تعهد بوده است نه ابراء[2]. همچنین، هر گاه معادل مهر در برابر طلاق خلع به مرد تملیک شود و طلاق قبل از نزدیکی باشد، شوهر استحقاق گرفتن نیمی از مهر را دارد.

←ج۱، ص ۵۴۸ – محقق، شرایع، کتاب نکاح– و از نویسندگان حقوق مدنی: دکتر حسن امامی، ج ۴، ص ۴۰۸ و ۴۰۹ – دکتر جعفری لنگرودی، جقوق خانواده، ص ۱۴۴.

۱. در مسالک این نظر به علامه در قواعد و شیخ طوسی در مبسوط و جمعی از فقهای عامه نسبت داده شده است (ج۱، ص ۵۴۸) و سید محمد کلانتر در حاشیه بر شرح لمعه این احتمال را قوی دانسته است (ج ۵، ص ۳۹۰ پاورقی ش ۷)– علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۴۱– فاضل مقداد در التنقیح الرائع (ج ۳، ص ۲۳۸ و ۲۳۶) نظر علامه را در قواعد تقویت کرده است و دربارهٔ آن می نویسد: «و هو ظاهر و لانقلت الیه مالاً، لاستحالة ان یستحق الانسان فی ذمة نفسه شیئاً فلا یتحقق نقله الیه. و لاتلفت علیه شیئاً، لانها لم یصدر منها الا ازالة الاستحقاق لما فی ذمته و لیس ذلک اتلافاً فلاتکون ضامنة» و برای دیدن فقه عامه: ابن قدامه، المغنی، ج۷، ص ۲۵۶.

۲. مانند اختلافی که در مورد ابراء گفته شد در فرض مربوط به بخشش طلب به شوهر نیز وجود دارد و به نظر می‌رسد که در این مسأله نیز عدم استحقاق مرد قوی‌تر است. زیرا، زن تمام آنچه را استحقاق دارد، به عنوان مهر، به شوهر بخشیده است. بنابراین، دیگر از مهر چیزی نزد زن باقی نمی‌ماند تا در اثر طلاق پیش از نزدیکی مکلف به استرداد نصف آن باشد (عبدالرحمن جزایری، فقه در مذهب اربعه، ج ۴، ص ۱۳۷ – محمد ابوزهره، همان کتاب، ش ۲۱۲).

۱۰۵. فرض دوم: موضوع مهر عین معین است:

در صورتی که موضوع مهر عین معین باشد، باید حقوق زن و شوهر را در دو فرض گوناگون بررسی کرد:

الف. عین مهر موجود است: در این فرض، شوهر پس از طلاق مالک نصف مشاع از آن می‌شود، هر چند که بهای مهر در بازار افزوده یا کاسته شده باشد. تملک نصف مشاع از مهر به حکم قانون انجام می‌شود و نیاز به هیچ عمل حقوقی ندارد. انتقال مهر به دیگران در حکم تلف است. پس، اگر در زمان طلاق زن مالک مهر نباشد، قضیه تابع حکمی است که در فرض تلف مهر اجرا می‌شود، زیرا معامله‌ای که زن پیش از طلاق نسبت به مهر انجام داده نافذ است و وقوع طلاق آثار آن را از بین نمی‌برد.

با وجود این، هر گاه زن نسبت به معامله‌ای که انجام داده خیار فسخ داشته باشد و پس از طلاق آن را دوباره تملک کند، می‌تواند آن را به شوهر دهد. زیرا، تا زمانی که عین مهر موجود است باید نیمی از آن را به شوهر داد. استحقاق مرد به گرفتن مثل یا قیمت به دلیل مانعی است که معاملهٔ زن نسبت به مهر در راه اجرای این حکم به وجود آورده است. پس، اکنون که این مانع نیز برداشته شده است، مرد نمی‌تواند به این استناد که در لحظهٔ طلاق مهر در ملکیت زن نبوده است از پذیرفتن آن خودداری کند. به بیان دیگر، مثل یا قیمت بدل عین مهر است و چیز جداگانه‌ای نیست تا بتوان ادعا کرد که زن در لحظهٔ طلاق مدیون به مثل یا قیمت می‌شود و دادن عین مهر دین او را ازبین نمی‌برد[1].

به همین ترتیب، اگر زن پیش از طلاق نصف مشاع از مهر را به دیگران منتقل کرده و نیم مشاع دیگر برای او باقی مانده باشد، همان نیمهٔ مشاع به مرد داده می‌شود. ولی، اگر بخش مفروزی از مهر انتقال داده شده باشد، چون شوهر بعد از طلاق مالک نصف مشاع از آن می‌شود و این سهم منتشر در مجموع است، بایستی نسبت به بخشی که انتقال داده شده مهر را تلف شده انگاشت و به شوهر قیمت نیمی از آن را داد، و نسبت به بخشی که باقی مانده است، شوهر مالک نصف مشاع آن می‌شود[2].

---

۱. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به، دکتر امامی، ج ۴، ص ۴۰۷ – و برای نظر موافق: شیخ محمد نجفی، جواهر الکلام، ج نکاح، کتاب نکاح – علامهٔ حلی، قواعد ، ج ۲، ص ۴۱.

۱. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج۳، ص ۲۳۸ (که در این باره ادعای اجماع کرده است) – شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۵ ص ۳۶۸ – اگر عین مهر را زن، به عنوان مهریه، به مرد ببخشد و قبل از نزدیکی طلاق واقع شود، به نظر ما شوهر حقی بر قیمت نصف مهر ندارد. درتأیید این نظر در فقه عامه، رک: ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۲۵۶.

ب: عین مهر تلف شده است: چنان که گفته شد، زن پس از عقد مالک تمام مهر است و می‌تواند آن را تلف کند یا به دیگران و حتی شوهر منتقل سازد. پس، اگر پیوندی که بسته شده پیش از نزدیکی به جدایی انجامد، ناچار زن باید در مرحلهٔ نخست نیمی از مثل مهر و، اگر مثل آن پیدا نشود، قیمت نصف مهر را به شوهر برگرداند[۱].

دربارهٔ تعیین مبلغی که باید زن از بابت نصف مهر به شوهر برگرداند، این پرسش نیز مطرح می‌شود که، هر گاه بهای عین تلف شده از تاریخ عقد تا زمان طلاق کم یا زیاد شود، قیمت کدام تاریخ مناط اعتبار است؟ زمان عقد یا تسلیم مهر یا تلف آن یا وقوع طلاق؟

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد. بیشتر فقها نیز به استناد اخباری که از معصوم رسیده کم‌ترین قیمت میان بهای مهر در زمان عقد و تسلیم آن به زن را معتبر دانسته‌اند[۲]. در توجیه این حکم گفته شده است که، هرگاه بهای مهر در زمان عقد بیشتر باشد و تا تاریخ تسلیم از آن کاسته شود، چون ضمان مهر در این مدت به عهدهٔ شوهر است و زن از این بابت مسئولیتی ندارد، زن مدیون بهایی بیش از آنچه گرفته نیست. برعکس، اگر درفاصلهٔ میان عقد و تسلیم مهر به زن بهای آن افزوده شده باشد، این افزایش در ملک زن به وجود آمده است و برای او ضمانی به بار نمی‌آورد.

در انتقاد از این نظر می توان گفت، استدلال یاد شده در صورتی اعتبار دارد که تردید تنها میان قیمت زمان عقد و تسلیم مهرباشد، در حالی که منطق حقوقی، چنان که صاحب جواهر نیز احتمال داده است، اقتضا دارد که بهای زمان تلف یا وقوع طلاق در نظر گرفته شود. زیرا، تا زمان تلف و در مرحله‌ای که عین وجود دارد، شوهر (در صورت طلاق پیش از نزدیکی) به بیش از نیم مشاع از آن حقی ندارد و در این هنگام است که به بهای عین تبدیل می شود. از سوی دیگر، در زمان طلاق است که حق مرد

---

۱. قیمت نصف مهر را با نصف از قیمت مهر نباید اشتباه کرد، زیرا آنچه شوهر استحقاق دارد نصف مشاع از مهر است که ، به دلیل اشاعه، ارزش نیمی از تمام قیمت مهر را ندارد.

۲. شیخ طوسی، مبسوط، ج۴، ص ۲۷۷ – محقق، شرایع، کتاب نکاح– شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۴۷؛ شرح‌لمعه، ج ۵، ص ۳۵۴ – سیدعلی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح – شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج نکاح، کتاب نکاح– علامهٔ حلی، قواعد، ج۲، ص ۴۱.

در پس گرفتن نیمی از عین مهر یا قیمت آن ایجاد می‌شود. پس، باید دید در مقام انتخاب یکی از این دو تاریخ، کدامیک از دو قیمت را باید معتبر شناخت؟

در زمان تلف، هنوز مهر در ملکیت زن است و پیش از طلاق شوهر هیچ حقی بر آن ندارد. پس از طلاق است که ملکیت نیمی از مهر یا قیمت آن به شوهر بازمی‌گردد. بنابراین، بهای مهر در زمان طلاق را باید مبنای تعیین حق شوهر قرار داد.

۱۰۶. فرض سوم : مهر منفعت یا انجام دادن کار است:

در حالتی که مهر منفعت مال معین است، هرگاه پیش از استیفای آن طلاق واقع شود، نیمی از منفعت به شوهر بازمی‌گردد. ولی، اگر طلاق بعد از استیفای منفعت تلف شده رخ دهد، زن باید بهای نیمی از آن را در زمان طلاق به شوهر بدهد.

در موردی که منفعت مال کلی مهر قرار می‌گیرد، مانند بلیت مسافرت به اروپا، پیش از استفاده از آن، شوهر پس از طلاق نسبت به نصف بریٔ می‌شود و، هر گاه مانند مثالی که آورده شد منفعت قابل تجزیه نباشد، ناچار باید قیمت نیمی از بهای بلیت پرداخته شود. وقوع طلاق پس از استیفای منفعت نیز زن را متعهد می‌سازد که مثل یا قیمت نصف از مهر را برگرداند.

در موردی که موضوع مهر انجام دادن کاری است، اجرای کار در حکم تلف مهر است، هرچند که نتیجهٔ آن در خارج موجود باشد. برای مثال، هر گاه شوهر متعهد باشد که تصویری از زن نقاشی کند، اجرای این تعهد در حکم تلف مهر است: نقاشی به زن تعلق دارد و وقوع طلاق زن را نسبت به نیمی از اجرت کشیدن نقاشی مدیون شوهر می‌سازد.

د. حقوق و مسئولیت های زن نسبت به مهر پیش ازنزدیکی:

۱۰۷. فزونی و کاستی نیم متزلزل مهر:

از آنچه تاکنون گفته شد، چنین برآمد که، در اثر عقد مهر به ملکیت زن در می‌آید. این مالکیت نسبت به نیمی از مهر ثابت و نسبت به نیم دیگر متزلزل است: بدین معنی که، هرگاه زن پیش از نزدیکی با مرد طلاق داده شود، نیم متزلزل دوباره به ملکیت

شوهر در می‌آید. اکنون باید دید فزونی و کاستی این نیمهٔ متزلزل چه حقوق و تعهداتی برای زن به وجود می‌آورد:

۱۰۸. فزونی مهر:

در مورد فزونی‌های مهر، آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که، هرگاه بهای مهر در اثر تنزل ارزش پول یا سایر عوامل اقتصادی فزونی یابد، این افزایش مانع از تملک شوهر نسبت به نصف مهر نیست و زن حق ندارد از این بابت پولی از او بخواهد. زیرا، در فرضی که عین مهر باقی است، کمی و زیادی بهای آن اثری در روابط طرفین ندارد. همچنین، در مورد آنچه نماء عین مهر به شمار می‌آید و از اصل مال جدا شدنی است، مانند نتاج حیوان و شیر گوسفند و میوهٔ درخت، تردیدی در مالکیت زن وجود ندارد. این نماآت در حالتی به وجود آمده است که عین مهر به زن تعلق داشته و به تابعیت از اصل مال به او تعلق گرفته است. طلاق نیز باعث تملک نیمی از مهر از تاریخ طلاق می‌شود و به گذشته اثر ندارد. بنابراین، نماء منفصل زمان بین عقد و طلاق را باید از آن زن شمرد.

ولی، در مورد نمائات متصل به مهر، مانند چاقی حیوان و نمو درختان باغ، اختلاف شده است که آیا زن باید نیمی از مهر را، چنان که هست، به شوهر بازگرداند یا حق دارد قیمت نیمی از مهر را بپردازد و عین را برای خود نگاه دارد؟

پاره‌ای از استادان این مورد را با اقاله قیاس کرده‌اند. بدین تعبیر که، چون در اثر طلاق مالکیت نیمی از مهر به شوهر بازمی‌گردد، تملک دوبارهٔ او شبیه بازگشت مالکیت به انتقال دهنده در اثر اقاله است. قانون مدنی در مادهٔ ۲۸۷ مقرر می‌دارد: «**نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می شود مال کسی است که به واسطهٔ عقد مالک شده است، ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجهٔ اقاله مالک می‌شود**». بنابراین، در مورد طلاق نیز باید گفت شوهر مالک نصف مشاع از مهر است و نیمی از نمائات متصل نیز به تابعیت از عین مهر به او تعلق می‌گیرد.[1]

---

۱. دکتر سید حسن امامی؛ ج۴، ص ۴۰۰ و ۴۰۱- در میان فقهای امامیه، این گفته به شیخ طوسی در مبسوط نسبت داده شده است (شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۴۷).

پذیرفتن این نظر دشوار است. زیرا، بر طبق قاعدهٔ «تابعیت منافع از اصل ملک» نماثاتی که در فاصلهٔ بین عقد و طلاق از مهر به وجود می‌آید به زن تعلق دارد، خواه متصل به آن باشد یا منفصل (مادهٔ ۳۲ ق.م.). آنچه در مادهٔ ۲۷۸ قانون مدنی در مورد اقاله آمده تعبیری از ظاهر ارادهٔ طرفین است: بدین معنی که وقتی آنان عقد را اقاله می‌کنند، ظاهر این است که می‌خواهند دو عوض را در همان وضع موجود به هم بازگردانند. این تعبیر به جای خود درست است. زیرا، وقتی خریدار ملکی می‌داند که نماء متصل را نمی‌توان از مبیع جدا کرد و با این وصف حاضر به مبادلهٔ آن با ثمن می‌شود، ظاهر این است که به رد منافع متصل نیز رضایت دارد. ولی، این حکم را در مورد تملک قهری شوهر نسبت به نصف مشاع از مهر نمی‌توان اجرا کرد و زن را ناگزیر ساخت که از منافع ایجاد شده در ملک خود به سود شوهر بگذرد.

به بیان دیگر، بر خلاف آنچه ادعا شده است، بین طلاق پیش از نزدیکی و اقاله «وحدت ملاک» وجود ندارد. پس، تنها پرسشی که باقی می‌ماند این است که چگونه می‌توان مالکیت زن را نسبت به نماثات متصل حفظ کرد و حکم مادهٔ ۱۰۹۲ قانون مدنی را نیز به موقع اجرا گذارد؟

برای پاسخ دادن به این پرسش، باید توجه داشت که اجبار زن به پس دادن نیمی از مهر (بدون عوض) حق او را نسبت به این نماثات از بین نمی‌برد. پس، اکثر فقیهان امامیه در این باره گفته‌اند، چاره در این است که به زن اختیار داده شود که یا از حق خویش بگذرد و نصف مشاع از مهر را به شوهر بدهد یا، با نگاهداری آن، بهای این نیمهٔ مشاع را بپردازد[1]. به نظر ما می‌توان راه حل سومی نیز بر آن افزود، زیرا مرد می‌تواند نیمی از مهر را تملک کند و بهایی را که بر قیمت مهر افزوده شده است به زن بدهد و این راه‌حل با روح مادهٔ ۱۰۹۲ سازگارتر می‌نماید.

همچنین است در موردی که فزونی مهر در نتیجهٔ کاری باشد که زن در آن انجام داده است. زیرا، گذشته از ملکیت مهر، در این فرض زن مستحق ارزش اضافی است که در نتیجهٔ کار خود بر مهر افزوده است و این سهم را به اجبار نمی‌توان از او گرفت

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج نکاح، کتاب نکاح- شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۵٤۷؛ شرح لمعه، ج ۵، ص ۳۵٤ – سیدعلی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح – محقق، شرایع و نافع، کتاب نکاح – علامهٔ حلی، قواعد، ج۲، ص ٤۱.

و ناچار باید، یا به او اختیار داد که بهای نصف مشاع از مهر را بدهد، یا، چنان که بعض از استادان نظر داده‌اند، نصف مشاع از مهر به شوهر باز می‌گردد و زن مستحق نیمی از بهایی است که بر قیمت مهر افزوده شده است.[1]

۱۰۹. کاستی و نقص مهر:

در مورد نقصی که ممکن است مهر در زمان زوجیت پیدا کند، مانند خراب شدن ساختمان و خشکیدن درختان و کور شدن حیوان، دو نظر گوناگون ابراز شده است:

الف. شوهر حق دارد نصف مشاع از مهر را، چنان که هست، قبول کند یا نصف قیمت مهر سالم را بگیرد. ولی نمی‌تواند با انتخاب نصف مشاع از مهر، از بابت عیبی که در آن ایجاد شده است، مطالبهٔ ارش کند. زیرا، عیب در زمانی ایجاد شده است که مهر ملک زن بوده است و از این لحاظ ضمانی برای او به بار نمی‌آورد. امکان رجوع به نیمی از قیمت مهر در حال سلامت نیز بدین لحاظ است که مهر ناقص در حکم مهر تلف شده است.[2]

ب. شوهر نصف مشاع از مهر را تملک می‌کند و از بابت قیمتی که در نتیجهٔ عیب در آن پیدا شده است می‌تواند ارش بخواهد. در توجیه این نظر گفته شده است که، در صورت وجود عین مهر (هر چند که ناقص باشد)، رجوع شوهر به قیمت آن امکان ندارد. از سوی دیگر، ایجاد عیب و نقص در زمانی که مهر ملک زن بوده است با ضمان او نسبت به ارش منافات ندارد. زیرا می‌دانیم که، در صورت تلف عین، زن باید قیمت آن را به شوهر بدهد و اجزا و صفات عین نیز تابع همین حکم است.[3]

نظر دوم قوی‌تر است، زیرا به دشواری می‌توان ادعا کرد که از بین رفتن پاره‌ای از اوصاف مهر در حکم تلف آن است. پس، برای جبران زیان مرد چاره‌ای جز پرداختن ارش باقی نمی‌ماند. برخلاف آنچه بعضی از فقیهان ادعا کرده‌اند،[4] در اجرای این حکم

---

۱. مرحوم دکتر امامی، همان کتاب، ص ۴۰۲

۲. شیخ طوسی، مبسوط، ج ۴، ص ۷۷ – محقق، شرایع، کتاب نکاح، که با تردید این نظر را پذیرفته است.

۳. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۴۷ – شرح لمعه، ج۵، ص۳۴۵ – سید علی طباطبایی، ریاض، ج۲، کتاب نکاح، علامه حلی، قواعد، ج ۲، ص ۴۱۰ و شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۸۳

۴. این نظر به ابن البراج نسبت داده شده است (مسالک، همان کتاب).

تفاوتی نمی‌کند که عیب مهر در نتیجهٔ کار زن یا اشخاص ثالث یا آفت‌های خارجی ایجاد شده باشد. زیرا، در هر حال زن مکلف است نیمی از آنچه را بابت مهر گرفته است به شوهر بر گرداند.

۵- مهر در نکاح منقطع

۱۱۰. اهمیت مهر در این نکاح:

برخلاف آنچه در نکاح دایم گفته شد، در نکاح منقطع مهر یکی از ارکان اصلی عقد است، چنان که مادهٔ ۱۰۹۵ ق.م. مقرر می‌دارد: **«در نکاح منقطع، عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان است».**

در فقه، نکاح منقطع اعتبار معنوی و اخلاقی نکاح دایم را ندارد و به طور مکرر در کتاب‌های فقهی آمده است که هدف از این زناشویی کامجویی و انتفاع است نه ایجاد نسل.[1] شوهر تأمین معاش خانواده را به عهده ندارد و میراث او به زن نمی‌رسد. مهری به زن داده می‌شود که عوض انتفاع مرد از او است. در واقع، زن به منزلهٔ مستاجره است و رابطهٔ تمکین با مهر مانند رابطهٔ دو عوض در سایر معاملات است.

بر این مبنا، طبیعی است که، هرگاه مهر مالیت نداشته باشد یا مجهول بماند یا از ملک غیرمعین شود، بطلان توافق دربارهٔ مهر نکاح را نیز باطل می‌سازد. مرد می‌تواند از تسلیم مهر امتناع کند و آن را موکول به تمکین سازد و زن نیز حق دارد تمکین را منوط به گرفتن تمام مهر کند. مهر عوض تمکین برای تمام مدت انتفاع از زن است و هرگاه او برای مدتی از همخوابگی با شوهر احتراز کند به همان نسبت از میزان مهر کاسته می‌شود. همچنین، شوهر می‌تواند ذمهٔ زن را از تعهدی که نسبت به همخوابگی با او دارد ابراء کند و در این صورت باید نیمی از مهر را به او بدهد.

همهٔ این احکام در قانون مدنی نیامده است. شاید نویسندگان این قانون در آن روزگار می‌خواسته‌اند که از مشهورات بین فقهای امامیه به طور کامل پیروی شود، ولی

---

۱. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ٣٦٦ - شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۰۲ - شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد نکاح: «منه یعلم الوجه فی الفرق بین الدائم الذی یراد منه النسل و نحوه و بین المتعة المراد منها الانتفاع و الاستمتاع و نحو ذلک مما هو شبه الاجاره.»

این پرسش به ذهن هر اندیشمندی می‌رسد که آیا قانونگذار کنونی نیز چنین می‌خواهد؟

آیا با اعتقادی که امروز نسبت به مقام انسانیت و حقوق و آزادی‌های او وجود دارد، می‌توان زنی را که برای مدت معین شوهر کرده است در حکم اجیر به شمار آورد؟ اگر این گفته به روشنی در جامعه مطرح شود، آیا خردمندان چنین مفهومی از نکاح را می‌پذیرند؟

بی‌گمان پاسخ منفی است، وانگهی از اصولی که از زمان تصویب قانون مدنی تاکنون از قوانین استنباط می‌شود به خوبی بر می‌آید که قانونگذار در جهت حمایت از حقوق زن گام برمی دارد و او را در زندگی زناشویی معاون و شریک مرد می‌داند نه اجیری که ملتزم به کامبخشی است.

از نظر اجتماعی نیز، اگر بخواهیم از این نهاد حقوقی استفاده‌ای را که مبنای اصلی آن بوده است ببریم، ناچار باید از جنبهٔ مادی آن بکاهیم و احکام آن را با سایر قواعد خانواده همگام سازیم. پس، در مقام تفسیر قانون مدنی، باید به ارادهٔ قانونگذار کنونی و مصالح اجتماعی بیش از مبانی تاریخی آن توجه داشت. [1]

۱۱۱. احکام استثنایی مهر در نکاح منقطع:

بر مبنای آنچه گفته شد، جز در مواردی که قانون مدنی حکم ویـژه‌ای آورده است، قواعد عمومی مهر در نکاح موقت نیز اجرا می‌شود. این سازمان حقوقی را قانون اداره می‌کند و احکام آن با قواعد معاملات معوض قابل قیاس نیست. قواعد استثنایی مهر را بدین ترتیب می‌توان خلاصه کرد:

۱. در نکاح منقطع، باید مهر و میزان آن در عقد معین شود. از این حکم چنین برمی‌آید که توافق دربارهٔ مهر و نکاح با هم ارتباط دارد و بطلان هر یک در دیگری اثر می‌گذارد و به همین جهت در مادهٔ ۱۰۹۵ آمده است که «**در نکاح منقطع، عدم ذکر مهر**

---

۱. باید توجه داشت که در سنت‌های مذهبی و اجتماعی نیز در بسیاری موارد نکاح منقطع به منظور تشکیل خانواده به کار می‌رفته است و حتی به نظر گروهی از فقها شوهر عهده‌دار انفاق به زن است و قواعد ارث نیز در روابط چنین زن و شوهری اجرا می‌شود. بنابراین، مقصود از مبانی تاریخی، عقاید فقهایی است که به طور معمول الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده است.

در عقد موجب بطلان است».

۲. مهرالمتعه ویژهٔ نکاح دایم است، زیرا حکم آن (مادهٔ ۱۰۹۳ ق.م.) ناظر به موردی است که مهر در عقد ذکر نشده باشد و مرد پیش از نزدیکی زن را طلاق دهد و دیدیم که نیامدن مهر در نکاح منقطع موجب بطلان آن است و خواهیم دید که طلاق در نکاح منقطع راه ندارد.

۳. مهرالمثل نیز به طور معمول در نکاح منقطع موردی پیدا نمی‌کند، زیرا ضرورت تعیین مهر مانع از این است که بعد از نزدیکی نیازی به تعیین مهرالمثل پیدا شود. با وجود این، در هر مورد که نکاح باطل و زن جاهل به فساد باشد، پس از وقوع نزدیکی زن مستحق مهرالمثل است (مادهٔ ۱۰۹۹ ق.م.).[۱]

برعکس، در مورد رابطهٔ مهر با تمکین، همان قواعد نکاح دایم اجرا می‌شود. زیرا، به موجب مادهٔ ۱۰۹۶: **«در نکاح منقطع، موت زن در اثناء مدت موجب سقوط مهر نمی‌شود و همچنین است اگر شوهر تا آخر مدت با او نزدیکی نکند.»** و از ملاک آن چنین بر می‌آید که، مهر به نسبت تمکین در سراسر مدت تجزیه نمی‌شود. پس، اگر بعد از نزدیکی زن ناشزه شود، این تخلف حق او را نسبت به مهر از بین نمی‌برد. همچنین، چنان که در نکاح دایم گفته شد، شوهر حق حبس ندارد و نمی‌تواند تسلیم تمام یا بخشی از مهر را موکول به تمکین سازد.

٤. گفته شد که در نکاح دایم، هرگاه پیش از وقوع نزدیکی زن و شوهر به‌وسیلهٔ طلاق از هم جدا شوند، زن مستحق نصف مهر است. این حکم را به طور کامل در نکاح منقطع نمی‌توان اجرا کرد. زیرا، اگر مرد تا پایان مدت با زن نزدیکی نکند یا بخشی از مدت را به او ببخشد، زن مستحق تمام مهر خویش است و فقط **«در صورتی که قبل از نزدیکی تمام مدت نکاح را ببخشد باید نصف مهر را بدهد.»** (مادهٔ ۱۰۹۷ق.م.). منظور از تمام مدت باقی ماندهٔ آن است. بنابراین، اگر بعد از چند ماه شوهر باقی مدت را به زن ببخشد، در صورتی که نزدیکی واقع نشده باشد، زن مستحق نصف مهر است.[۲]

---

۱. در فقه نسبت به این موضع سه قول وجود دارد ۱) آنچه زن گرفته مال اوست ولی الزامی به تادیهٔ بقیهٔ آن وجود ندارد؛ ۲) در صورتی که زن عالم به فسادِ باشد حقی ندارد لیکن در صورت جهل تمام مهرالمسمی را می‌گیرد؛ ۳) زن در صورت جهل به فساد مستحق مهرالمثل است (مسالک، ج ۱، ص ۵۰۳)

۲. شهید ثانی در مسالک می‌نویسد: «اعلم ان الظاهر من هبة قبل الدخول هبة جمیع مابقی منها عندالهبة و ذلک هوالمقتضی لسقوط نصف المهر اذا وقع قبل الدخول...» (ج ۱، ص ۵۰۲).

۵. شرط خیار نسبت به مهر در نکاح منقطع درست نیست، زیرا نفوذ آن موجب می‌شود که فسخ مهر سبب بطلان نکاح شود: بنابراین شرط خیار در مهر به منزلهٔ شرط خیار در نکاح است.

و - تعدیل مهر

۱۱۲. تعدیل میزان مهریه در صورتی که وجه رایج است :

به موجب تبصرهٔ افزوده شده به مادهٔ ۱۰۸۲ قانون مدنی، مصوب ۱۳۷٦/٤/۲۹ **«چنانچه مهریه وجه رایج باشد، متناسب با تغییر قیمت سالانهٔ زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد، که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و پرداخت خواهد شد، مگر این که زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند...».**

این حکم استثنایی، به منظور حمایت از حقوق زن و رعایت انصاف در رابطهٔ زن و شوهر وضع شده است که میزان هر طلب به تناسب کاهش توان خرید پول افزایش می‌یابد. ارزش اسمی پول رایج قابل تغییر نیست. امروز پول نمایندهٔ مقدار معینی طلا و نقره یا سایر اشیاء قیمتی نیست ؛ مظهر اعتبار ملی است و حفظ این اعتبار با نظم عمومی ارتباط دارد.

۱۱۳. زمان و چگونگی اجرا:

در رویهٔ قضایی این تردید وجود داشت که زمان محاسبه تاریخ صدور حکم است (یعنی آخرین فرصتی که دعوا مطرح است و دادگاه می‌تواند دربارهٔ میزان کنونی مهر رأی بدهد) یا زمان تأدیهٔ آن به زن؟ قانون استفساریهٔ مصوب ۱۳۸٤/۲/۲۷ بدین تردید پایان داد و مجلس «زمان تأدیه» را در تبصرهٔ مادهٔ ۱۰۸۲، زمان اجرای حکم قطعی و لازم‌الاجرا معین کرد. بدین ترتیب، موضوع محاسبهٔ مهر به نرخ روز و اختلاف احتمالی دو طرف مربوط به مرحلهٔ اجرای حکم است.

آئین نامهٔ اجرایی تبصرهٔ الحاقی مصوب هیات وزیران مصوب ۷۷/۲/۱۳، چگونگی اجرای تبصرهٔ مادهٔ ۱۰۸۲ ق.م. را معین می‌کند؛ از جمله در مادهٔ ۲، دربارهٔ نحوهٔ محاسبه

می‌خوانیم: «متوسط شاخص بها در سال قبل، تقسیم بر متوسط شاخص بها در سال وقوع عقد ضربدر مهریهٔ مندرج در عقدنامه».[1] در مادهٔ ۳ آمده است: «در مواردی که مهریهٔ زوجه باید از ترکهٔ زوج متوفی پرداخت شود، تاریخ فوت مبنای محاسبهٔ مهریه خواهد بود».[2]

۱. برای دیدن این آیین نامه، رک. ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، مادهٔ ۱۰۸۲.

۲. به موجب رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۶۴۷-۱۳۷۸/۱۰/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، قواعد محاسبهٔ مهریه به نرخ روز در مورد عقودی که پیش از اجرای قانون نیز واقع شده است اجرا می‌شود (رک. همان).

قرائت و تمرین (٤)

۱. رفع اختلاف در میزان مهر (تعارض ظاهر و استصحاب)

گفته شد که، اگر طلاق پیش از زناشویی واقع شود، زن استحقاق بیش از نصف مهرالمسمی را ندارد. همچنین، اگر در نکاح مهری معین نشده باشد، زن پس از وقوع نزدیکی می‌تواند «مهرالمثل» بگیرد و، هرگاه پیش از نزدیکی نکاح در اثر طلاق منحل شود، زن مستحق «مهرالمتعه» است.

بنابراین، ریشهٔ بسیاری از گفتگوهای راجع به مهر و چگونگی میزان آن در اختلافی است که زن و شوهر در وقوع «نزدیکی» پیدا می‌کنند. در این باره نه شاهدی می‌توان اقامه کرد و نه سندی آورد، پس ناچار باید از اماره و اصول عملی برای فصل خصومت استفاده کرد.

فرض کنیم زن و شوهری مدت‌ها با هم به سر برده‌اند و پس از آن نکاح در اثر فسخ یا طلاق به هم خورده است. زن مدعی است که بین آن دو نزدیکی واقع شده و او حق گرفتن تمام مهرالمسمی یا مهرالمثل را دارد. شوهر این گفته را نادرست می‌داند و نزدیکی را انکار می‌کند. در این صورت، اگر زن از ابتدا دوشیزه نباشد و هیچ کدام نتوانند دلیلی بر درستی ادعای خود بیاورد، گفتهٔ کدام یک از آنها مقدم است؟

از طرفی، مقتضای اصل (استصحاب) عدم وقوع نزدیکی است، زیرا اگر تردید شود که حادثه‌ای رخ داده است یا نه، باید وقوع آن را با دلیل اثبات کرد، و گرنه حالت سابق معتبر شناخته می‌شود. از سوی دیگر، ظاهر این است که زن و شوهر جدای از هم نبوده‌اند و به حکم عادت نزدیکی رخ داده است. پس چه باید کرد؟ باید اصل را رعایت کرد یا ظاهر را مقدم داشت؟

بیشتر فقهای امامیه، گفتهٔ مرد را مقدم داشته‌اند و به اصل عدم و استصحاب حالت سابق استناد کرده‌اند[1] و پاره‌ای از ایشان نیز به اعتماد ظاهر گفتهٔ زن را مقدم

---

۱. محقق، شرایع، کتاب نکاح - سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروةالوثقی، ج ۳، ص ۱۹۳ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۶۰ - شرح لمعه، ج ۲، ص ۹۸ ، چاپ عبدالرحیم؛ ج ۵، ص ۳۷۸، چاپ سربی نجف - سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، ج ۳۱، ص ۱۴۲ .

شمرده‌اند.[1]

به نظر می‌رسد کسانی که اصل را مقدم داشته‌اند به خاطر این بوده است که، یا استصحاب را نیز از امارات شمرده‌اند، یا ظنی را که از راه اعتماد به ظاهر به دست می‌آید معتبر ندانسته‌اند. ولی، هرگاه استصحاب در زمرهٔ اصول عملی به شمار رود (چنان که مقتضای تحقیق نیز همین است)، پذیرفتن نظر مشهور بسیار دشوار است. زیرا «ظاهر» از امارات قضایی و در شمار دلایل اثبات دعوا است (مادهٔ ۱۳۲۱ ق.م.) ولی اصل عملی در جایی به کار می‌رود که دلیلی برای ادعا وجود نداشته باشد. در واقع، با استفاده از این گونه اصول، معلوم می‌شود که بار اثبات دعوا به دوش کیست و کدام یک از دو طرف دعوا را باید مدعی شمرد؟

بنابراین، در تعارض بین ظاهر و استصحاب، باید حکم ظاهر مقدم باشد. منتهـا، دادرس باید، در این گونه دعاوی به تمام قراین و اوضاع و احوال ویژهٔ مورد توجه داشته باشد و هرگونه زندگی مشترک را نشانهٔ وقوع نزدیکی نداند.

۲. آیا ابراء شوهر و هبهٔ مهر به او در حکم اتلاف مهر است؟

در متن اصلی درس گفته شد که، اگر زن شوهر خود را از مهر ابراء کند یا طلب مربوط به مهر را به او ببخشد و نکاح پیش از نزدیکی به وسیلهٔ طلاق منحل شود، اختلاف شده است که آیا در چنین فرضی نیز زن باید پس از طلاق نیمی از مهر (موضوع ابراء یا هبه) را به شوهر باز گرداند، یا بایستی گفت، چون در این حالت زن مهر را در واقع از شوهر خود نگرفته است، دیگر دینی نسبت به بازگرداندن نیمی از آن ندارد (ش ۱۰۳).

دیدیم که به نظر ما گفتهٔ کسانی که زن را در چنین موردی مدیون نصف مهر نمی‌دانند قوی‌تر است، ولی در مواردی که ابراء یا هبه در برابر عوض یا تحصیل منفعتی انجام می‌شود، باید آن را در حکم اتلاف مهر شمرد و زن را به استرداد نیمهٔ مهر محکوم ساخت. این نظر را بسیاری از فقیهان نمی‌پذیرند و در باب تملک مهر و بازگشت آن به شوهر به گونه‌ای دیگر استدلال می‌کنند که اجمالی از آن در مطالب اصلی درس آمد. اکنون بخشی از فتوایی را که محقق قمی در پاسخ یکی از مریدان خود نوشته و حاوی بسیاری از نظرهای او و دیگران در این باره است، از کتاب «جامع الشتات» (ص ۵۸۰ تا ٤۸۲) نقل می‌کنیم تا دانشجویان بتوانند با یکی از معتبرترین متون فقهی آشنا شوند و شیوهٔ استدلال مخالفان را به طور کامل دریابند.

---

۱. اخباری از معصوم این نظر را تأیید می‌کند: مانند خبر حلبی از علی بن جعفر (ع) بدین عبارت: «اذا اغلق باباً و أرخی ستراً وجب المهر و العدة.» این قول به شیخ طوسی در نهایة و جمعی از متقدمان نسبت داده شده است (جواهر).

«ظاهراً خلافی نیست در این که، در صورت هبه، زوجه دیگر حقی ندارد و باید نصف صداق را هم، علاوه بر آنچه بخشیده، به زوج بدهد. واظهر و اشهر در صورت ابراء هم این است و در تحقیق مقام ناچار است از تمهید مقدمه:

و آن این است که، فقها اختلاف کرده‌اند در این که، آیا زوجه به مجرد عقد مالک مهرمی‌شود بالتمام ولکن استقرار تمام آن در ذمهٔ زوج به دخول حاصل می‌شود، پس ملکیت زوجه در همهٔ مهر حاصل است لکن در نصف متزلزل است تا این که دخول واقع شود (یا آنچه قائم مقام آن است مثل موت زوج بنا بر مشهور و ارتداد زوج بنا بر قولی). و ابن جنید قائل شده است که زوجه به سبب عقد مالک نصف مهر می‌شود و نصف دیگر را به سبب دخول و آنچه قائم مقام آن است مالک می‌شود و اقوی قول مشهور است و دلالت می‌کند بر او این که صداق عوض بضع است و مقتضای معاوضه تملک هر یک از طرفین است عوض را. پس، چنان که زوج مالک بضع می‌شود، زوجه مالک مهر می‌شود. و دلالت می‌کند بر آن احادیث بسیاری که دلالت دارند بر این که نماء صداق مال زوجه است و نماء تابع عین است پس باید عین ملک زوجه باشد... و هم دلالت می‌کند بر آن اخباری که دلالت بر جواز هبهٔ مهر خود به زوج خود قبل از دخول دارد، چنان که بعد اشاره می‌شود، و هبه صحیح نیست مگر در ملک و هم چنین آنچه در جواز ابراء وارد شده و هم دلالت می‌کند بر آن اخباری که دلالت دارند بر وجوب تمام مهر از برای زوجهٔ غیرمدخولهٔ متوفی عنها زوجها، زیرا که کسی نگفته که مرگ سبب وجوب نصف مهر است به این معنی که عقد نکاح مدخلیتی در آن نداشته باشد. غایت امر این است که ملک متزلزلی به سبب عقد نسبت به این نصف هم حاصل بود و به سبب مرگ مستقر شد...».

«و هرگاه این را دانستی، پس بدان که هر گاه صداق معینی باشد و هبه کند آن را به زوج خود قبل از دخول، و زوج او را طلاق بگوید، پس مشهور صحت هبه است و این که زوج رجوع می‌کند به نصف و می‌گیرد از زوجه و از شیخ نقل اجماع شده در خلاف و مبسوط.

پس، هر گاه کسی زنی را عقد کند به هزار اشرفی معین موجود و زوجه قبل از دخول هزار اشرفی را ببخشد به زوج خود، پس چون در ظاهر شرع مجموع ملک او بود و هبه صحیح بود و الحال زوجه مطالبهٔ پانصد اشرفی خود را می‌کند که به سبب طلاق مستحق آن شده و زوجه آن را تلف کرده به سبب بخشیدن به زوج که مثل آن است که به دیگری بخشیده باشد، الحال باید زوجه غرامت را بکشد. پس هزار اشرفی از دست او رفته و پانصد هم باید دستی بدهد و اگر صداق قیمی بوده، مثل باغ و بستان، پس باید نصف قیمت آن را رد کند.

و مشهور این است که هرگاه صداق دین باشد و زوجه مجموع آن را قبل از دخول و طلاق ابراء کرده باشد باز حکم آن همین است که باید زوجه نصف آن را به زوج بدهد و

فرقی با هبه ندارد، زیرا که در حین ابراء زوجه مالک تمام مهر بود در ذمهٔ زوج و آن چه به طلاق برمی گردد به زوج ملک جدیدی است. پس الحال که زوج مطالبهٔ آن را می‌کند زوجه آن را تلف کرده به سبب ابراء ذمهٔ زوج، پس باید غرامت آن را بدهد.

و علامه در قواعد ذکر کرده است وجهی به عدم رجوع در صورت ابراء و همچنین شیخ در مبسوط و آن قول بعض عامه است. و متمسک این وجه آن است که زوجه چیزی از او نگرفته و نقل نکرده است صداق را به او و تلف نکرده بر او چیزی را، پس ضامن نیست. و بر این وارد است که شکی نیست که مهر ملک زوجه بود در ذمهٔ زوج و از ملک خود بیرون کرد به سوی دیگری، پس صادق است که تلف کرده است مال را، چون از ذمهٔ او بیرون کرده و محلی دیگر از برای او نیست».

«... و اما هر گاه نصف مهر را ببخشد مشاعاً مثل اینکه بگوید نصف باغی که مهر من کردی به تو بخشیدم مشاعاً پس در آن سه وجه ذکر کرده‌اند :

اول - اینکه زوج مستحق آن نصف دیگر است که باقی مانده، چون در حین هبه مجموع مال زوجه بوده و هبهٔ مشاع صحیح است و بعد از آن که او را طلاق گفت قبل از دخول مستحق نصف مشاع همان مال است، پس اگر زوجه آن نصف را منتقل به غیر نکرده همان نصف را وا می‌گذارد و اگر منتقل کرده باید مثل آن را بدهد اگر مثلی باشد یا قیمت آن را اگر قیمی باشد.

و وجه دویم - این است که زوج الحال که طلاق گفت قبل از دخول مستحق نصف مشاع مجموع عین موهوبه است که نصف این باقی باشد و نصف آنچه زوجه به او بخشیده و چون آن نصفی که زوجه به او بخشیده در حکم تالف است که زوجه تلف کرده پس قیمت آن نصف را باید بدهد. پس، زوج مستحق ربعی است که نصف باقی باشد و قیمت ربعی دیگر که نصف آن است که زوجه به او بخشیده.

والحاصل، چون زوجه نصف مشاع آنچه در ظاهر مال اوست و در نفس الامر کاشف به عمل خواهد آمد که نصف مشاع از مال زوجه خواهد بود منتقل کرده به زوج، پس اگر قائل شویم که درچنین جایی منصرف به حق خود می‌شود، هم چنان که در بیع عینی که نصف او مال غیر است و نداند و نصف مشاع را بفروشد گفته‌اند که نصف منصرف می‌شود به همان حق خود، پس وجه اول تمام است چنان که ظاهر اکثر است. و اگر قائل شویم که در چنین جایی، چون لفظ نصف مشاع است در جمیع، پس باید منصرف به ربع شود و اما ربع دیگر پس چون آن هم در ظاهر شرع صحیح بود، چون در آن وقت ملک او بوده و طلاق آن را از ملک خارج می‌کند، پس مقتضی جمع بین الدلیلین آن است که قیمت آن را، که هم هبهٔ آن صحیح است، بدهد.

و وجه سیم - تخییر مابین عمل به مقتضای وجه دویم و مابین آنکه اخذ کند نصف بدل مجموع را، نظر به اینکه به سبب طلاق مستحق نصف مشاع مجموع شد و استیفای آن ممکن نیست، چون به هبهٔ ضمیمه به زوج منتقل شده، پس رجوع می‌شود به عوض آن.

و اقرب وجوه ثلاثه وجه اول است و احتمال چهارم هم از مبسوط نقل شده و آن این است که زوج مستحق نصف باقی است که سه ربع مال زوج می‌شود و یک ربع مال زوجه، نظر به اینکه چون هبه متعلق شده به نصف مشاع، پس متعلق شده است به نصف هر یک از دو نصیب، پس از نصیب زوجه مالک نصف شده که ربع باشد و نصف نصیب خود را هم پیش از وقت گرفته پس باقی مانده است نصف نصیب خودش که ربع باشد و ربع دیگر برای زوج می‌ماند.

و اما، هر گاه نصف معینی را ببخشد به زوج مستحق نصف باقی است که ربع اصل است یا نصف بدل آنچه زوجه به او بخشیده است و وجه آن ظاهر می‌شود از آنچه پیش گذشت و اما، هر گاه صداق عینی نباشد و نصف آن را ابراء کند پس متعین است در آن وجه اول از چهار وجه چنان که پوشیده نیست...».

***

اکنون سعی کنید به این سؤال پاسخ دهید که، برمبنای نظری که در متن درس نسبت به ابراء شوهر و هبهٔ مهر به او انتخاب شد، در مورد هبهٔ نصف طلب راجع به مهر یا ابراء شوهر از نیمی از مهر چه نظری باید داد و طلاق پیش از نزدیکی چه اثری در روابط طرفین دارد؟ آیا می‌توان گفت، چون شوهر نیم از مهر را پیش از طلاق در نتیجهٔ ابراء یا هبه گرفته دیگر حقی بر نیم باقیمانده ندارد یا بایستی یکی از چهار نظر فقها را برگزید؟

آیا در موردی که مهر عین معین است نیز می‌توان نظری را که دربارهٔ ابراء یا هبهٔ دین به شوهر دادیم تأیید کرد؟ و اگر نمی‌شود چه تفاوتی بین این دو مورد وجود دارد؟

گفتار دوم : نفقه

الف: تأمین معاش خانواده

۱۱٤. تکلیف مرد به دادن نفقه:

زن و شوهر باید در ادارهٔ خانواده یکدیگر را یاری کنند. ولی، چون ادارهٔ این گروه را مرد عهده دار است، قانونگذار او را موظف به تأمین معاش خانواده می‌داند: تکلیف شوهر به دادن نفقه از توابع ریاست او بر خانواده است.

در نکاح دائم، این وظیفهٔ مرد ناشی از حکم قانون است و ریشهٔ قراردادی ندارد (مادهٔ ۱۱۰٦ ق.م.) و به همین دلیل نیز دو طرف نمی‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن تکلیف مرد را در این باب ساقط کنند. ولی، در عقد منقطع، دین شوهر بر دادن نفقه متکی بر تراضی زن و شوهر است: یعنی، شوهر در صورتی نفقهٔ زن را می‌پردازد که یا به صراحت شرط شده یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد (مادهٔ ۱۱۱۳ ق.م.).[1]

در هر حال، نفقهٔ زن در زمرهٔ دیون شوهر است و، نه تنها نفقهٔ زمان گذشته را می‌توان از او خواست، زن حق دارد از دادگاه بخواهد که مقدار نفقهٔ آیندهٔ او را معین و شوهر را به پرداختن آن محکوم کند (مواد ۱۱۱۱ و ۱۲۰٦). ولی، این حق با اصول آئین دادرسی مدنی منافات دارد و پذیرفتن دعوا نسبت به نفقهٔ آینده دشوار و مورد اختلاف است.

۱۱۵. رابطهٔ این الزام با تمکین زن:

تکلیف مرد به دادن نفقه موکول به تمکین زن از او است؛ چنان که در مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی آمده است که: **«هرگاه زن بدون مانع مشروط از ادای وظایف زوجیت امتناع**

---

۱. به طور معمول، وقتی نکاح منقطع برای مدت طولانی منعقد می‌شود و از قراین چنین برمی‌آید که هدف از نکاح تشکیل خانواده است و شوهر می‌خواهد عهده‌دار مسؤولیت‌های رئیس خانواده شود، مبنای طرفین این است که شوهر نفقهٔ زن را بپردازد. بنابراین، ضرورتی ندارد که ضمن عقد به طور صریح پرداختن نفقه بر شوهر شرط شود و دادرس در تعبیر ارادهٔ مشترک نقش بسیار مؤثری عهده‌دار است.

کند، مستحق نفقه نخواهد بود».

پس، اگر زن بدون عذر موجه حاضر نشود که با شوهر خود در یک محل زندگی کند یا با او در تشیید مبانی خانواده همکاری نکند، یا به خواسته‌های مشروع او در مورد معاشرت با دیگران بی‌اعتنا بماند، حقی بر گرفتن نفقه ندارد. چنین زنی را در اصطلاح حقوقی «ناشزه» و وضع او را «نشوز» نامند.

دربارهٔ مبنای حقوقی رابطهٔ تمکین و نفقه، ممکن است یکی از این دو نظر انتخاب شود:

۱) رابطهٔ تمکین و نفقه مانند رابطهٔ دو تعهد متقابل در عقود معاوضی است. پس، طبیعی است که، هرگاه یکی از دو طرف قرارداد از اجرای تعهد خود امتناع کند، دیگری بتواند از ایفای به عهد سر باز زند.[۱]

۲) سقوط حق مربوط به گرفتن نفقه، کیفر زنی است که بدون عذر موجه از تمکین امتناع می‌کند یا به خانهٔ شوهر نمی‌رود.[۲] مبنای دوم با ساختمان حقوقی نکاح سازگارتر است. زیرا، نه تنها قیاس نکاح با عقد معوض دشوار است و نمی‌توان همخوابی با شوهر و سکونت مشترک با او را به منزلهٔ کالای مادی شمرد که در برابر التزام به انفاق از سوی شوهر قرار دارد، این تحلیل با احکام قانون نیز سازگار به نظر نمی‌رسد. زیرا، اگر رابطهٔ تمکین با الزام به انفاق مانند رابطهٔ دو عوض باشد زن هم بایستی بتواند، در صورت ترک انفاق از سوی شوهر، از تمکین خودداری کند، در حالی که این اختیار به او داده نشده است.

چنان که گفته شد، الزام به انفاق از توابع حکم سرپرستی شوهر از خانواده و تکلیف حمایت او از زن و فرزندان است. قطع نفقه وسیلهٔ وادار ساختن زن به زندگی مشترک و کیفر امتناع او است. وانگهی، تکلیف شوهر به دادن نفقه تا زمانی است که خانواده نیز با همکاری زن به راه طبیعی خود می‌رود و در جهان خارج نیز مستقر و پابرجا است.[۳]

امتناع از ادای وظایف زوجیت در صورتی موجب نشوز است که زن عذر موجه

---

۱. برای دیدن چنین تحلیلی در زمینهٔ دیگر، رک : ابری و رو، ج ۷، چاپ هفتم، به وسیلهٔ اسمن، ش۹۸، ص ۱۵۷.

۲. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۰۱۴ – پلنیول و ریپر، ج ۲، بوسیله رواست، ش۳۶۹ – ویل، ج۱، ش ۷۳۵.

۳. ریپر و بولانژه، ج۱، ش ۲۱۱۹.

نداشته باشد. پس، اگر زن به سبب خوف بدنی یا مالی یا شرافتی از سکونت در اقامتگاه شوهر خودداری کند، کار او مانع از ایجاد حق بر نفقه نیست (مادهٔ ۱۱۱۵ ق.م.). همچنین، هرگاه زن از حق حبس استفاده کند و تمکین از شوهر را منوط به گرفتن تمام مهر خود سازد، این خودداری حق او را دربارهٔ خواستن نفقه از شوهر از بین نمی‌برد (ش ۱۰۱ به بعد).

۱۱٦. نشوز زن مانع استحقاق نفقه است:

پرسش اصلی این است که آیا تمکین شرط استحقاق زن در مطالبهٔ نفقه است، یا نشوز مانع استقرار آن می‌شود؟

شاید در نخستین نگاه اهمیت این بحث به نظر نیاید، ولی باید دانست که تمیز سهمی که تمکین در ایجاد حق زن بر نفقه دارد، تنها از جهت نظری مهم نیست، در عمل نیز آثار مهمی دارد:

برای مثال، اگر تمکین شرط استحقاق نفقه باشد، در دعوایی که زن برای مطالبهٔ آن می‌کند باید، گذشته از رابطهٔ زوجیت، تمکین خود را نیز ثابت کند. ولی، اگر نشوز مانع از نفقه محسوب شود، در دعوای نفقه کافی است که زن وجود رابطهٔ زن و شوهری بین خود و خوانده را مدلل دارد، و این شوهر است که، اگر مدعی نشوز زن است، باید به عنوان دفاع آن را مطرح و اثبات کند. آنها که با کار دادرسی در محاکم آشنایی دارند، به خوبی می‌دانند که تشخیص مدعی و منکر و تحمیل بار اثبات دعوا بر یکی از دو طرف تا چه اندازه اهمیت دارد.

مثال دیگر: در صورتی که زوجیت به تنهایی سبب استحقاق نفقه باشد، برای نفقهٔ آینده نیز می‌توان از مرد در برابر زن ضمانت کرد. ولی، اگر تمکین نیز یکی از اسباب ایجاد دین مرد به شمار آید، ضمان از او درست نیست. زیرا، به موجب مادهٔ ٦۹۱ قانون مدنی: **«ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است».**

قانون مدنی در این باب حکم صریحی ندارد و در فقه نیز اتفاق نظر نیست، ولی از لحن مواد ۱۱۰۲ به بعد برمی آید که قانونگذار تمکین را شرط استحقاق زن نمی‌داند و نشوز را مانع آن می‌شمارد. زیرا، به موجب این ماده: **«همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود».** یکی از این تکالیف، الزام مرد به دادن نفقه است، جز این که، مطابق

مادهٔ ۱۱۰۸، نشوز زن این الزام را از بین می‌برد. رویهٔ قضایی و اندیشه‌های مفسران نیز به تأیید همین نظر تمایل دارد.[۱]

۱۱۷. حدود الزام شوهر و ارکان نفقه:

به موجب مادهٔ ۱۱۰۷ قانون مدنی: «نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد، و خادم در صورت عادت زن یا احتیاج او به واسطهٔ مرض یا نقصان اعضاء». در تفسیر این ماده گفته می‌شد اموری که به عنوان اجزای نفقه در مادهٔ ۱۱۰۷ آمده (مانند مسکن و غذا) نمونه و مثال است و جنبهٔ انحصاری ندارد. آنچه اهمیت دارد این است که شوهر باید، به عنوان ریاست خانواده، تأمین معاش زن و فرزندان خود را عهده‌دار شود. تحول شیوهٔ زندگی هر روز نیازهای تازه به وجود می‌آورد. این نیازها را نمی‌توان در چارچوب معینی محصور کرد و ناچار باید داوری را به عهدهٔ عرف گذارد.[۲]

برای مثال، هزینه‌های درمان و داروی زن نیز جزو نفقه بر عهدهٔ مرد است؛ چنان که، اگر زنی برای زایمان یا عمل جراحی مدتی در بیمارستان باشد، هزینهٔ بیمارستان و خریدن داروهای لازم با شوهر است، زیرا عرف این گونه هزینه‌ها را جزو نفقه می‌داند.

بنابراین، در تعریف نفقه زن می‌توان گفت: «تمام وسایلی است که زن، با توجه به درجهٔ تمدن و محیط زندگی و وضع جسمی و روحی خود، بدان نیازمند است» و تشخیص این که کدام وسیله را بایستی از ارکان نفقه زوجه شمرد با عرف است و

---

۱. دکتر امامی، ج ۴، ص ۴۵۶؛ ج ۲، ص ۲۶۵ - به مفاد بخشی از رأی پروندهٔ ش ۳۹/۱ شعبهٔ۲۷ دادگاه شهرستان تهران دراین باره توجه کنید : «نظر به اینکه به موجب عقدنامهٔ رسمی شماره ۴۰۵۱ وجود رابطهٔ زوجیت بین خواهان و خوانده ازتاریخ ۳۴/۱۸/۸ به بعد محرز است و بنابراین خوانده به موجب مادهٔ ۱۱۰۶ قانون مدنی موظف به پرداخت نفقهٔ خواهان می‌باشد...». در این رأی، تمکین شرط استحقاق زن دانسته نشده و به همین جهت نیز دادگاه نیازی به اثبات آن احساس نکرده است.

۲. سیدمحسن حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۹۹- محقق قمی در جامع الشتات، ص ۴۴۸، در پاسخ این سؤال که، اگر زوجه مریض باشد و محتاج دارو، آیا می‌توان زوج را اجبار کرد، می‌نویسد: «ظاهر این است که قیمت دوا بر زوج لازم نیست و این داخل نفقه نیست و همچنین اجرت حمام و نه اجرت حجام مگر اینکه هوا سرد باشد و از برای غسل محتاج به حمام باشد» و صدور چنین فتوایی از آن دانشمند به واقع شگفت آور است و به نظر می‌رسد که تفاوت در عادات و رسوم اجتماعی است که این گونه در فتاوا اثر می‌کند.

ملاک ثابتی ندارد.[1]

این تفسیر با اصلاح مادهٔ ۱۱۰۷ ق.م. از سوی قانونگذار تأیید شد. در مادهٔ اصلاح شده مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۹، می‌خوانیم: «**نفقه عبارت است از همهٔ نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن، از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم، در صورت عادت یا احتیاج به واسطهٔ نقصان یا مرض**».

هرچند که در مادهٔ ۱۱۰۷ اصلاح شده نیز ملاک تعیین نفقه تنها وضع زن قرار داده شده است، ولی به نظر می‌رسد که موقعیت و وضع مالی شوهر نیز باید مورد نظر باشد. زیرا زن و شوهر پس ازنکاح یک خانواده را تشکیل می‌دهند و جدای از هم نیستند. بنابراین، اگر مردی ثروتمند با زنی فقیر ازدواج کند، حق ندارد وضع گذشتهٔ او را مبنای تعیین مقدار نفقه بداند.[2]

همچنان که، اگر زنی ثروتمند با کارگر ساده‌ای ازدواج کند، نمی‌تواند از او انتظار فراهم آوردن زندگی اشرافی داشته باشد. پس باید پذیرفت که مقصود از «وضعیت زن» وضع روحی و جسمی او در خانواده است. از مفاد مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده نیز می‌توان لزوم توجه به وضع مالی و اجتماعی طرفین را استنباط کرد، زیرا به موجب آن: «**...دادگاه... میزان نفقهٔ ایام عده را، با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین... معین می‌کند...**».

۱۱۸. امتیازهای نفقهٔ زن بر خویشان:

خواهیم دید که خویشان نسبی در خط عمودی نیز موظف به انفاق یکدیگرند. ولی الزام به پرداختن نفقهٔ زن با آنان از جهات گوناگون تفاوت دارد، که بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

---

۱. از دستور قرآن مجید که فرموده «عاشروهن بالمعروف» (با ایشان به نیکی رفتار کنید) نیز بر می‌آید که انفاق به زوجه باید چنان باشد که عادتاً سزاوار اوست؛ چنان که شهید ثانی، پس از آوردن این گفتهٔ خدا می‌افزاید که «من العشرة به الانفاق علیها بما یلیق بها عادةً ...» (شرح لمعه، ج۵، ص ۴۶۹).

۲. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به، محقق قمی، جامع الشتات، ص ۴۶۰ ، در جایی که می‌نویسد «....معتبر در این عادت امثال اوست در وقتی که در خانهٔ پدر بوده نه ملاحظهٔ آن که رفعت شأن به هم برساند وقتی که به خانهٔ شوهر آمد». از میان فقهای امامیه، شیخ طوسی(به نقل از محقق قمی) عقیده داشته است که وضع مرد نیز باید مورد نظر باشد.

۱. تکلیف مربوط به انفاق خویشان متقابل است: یعنی، همان گونه که پدر ملزم است نفقهٔ فرزند ندار خود را بپردازد، فرزند نیز همین تکلیف را در برابر او دارد. ولی، در رابطهٔ زن و شوهر، تکلیف انفاق ویژهٔ مرد است و زن هیچ وظیفه‌ای در تأمین معاش شوهر ندارد.

۲. خواهیم دید که انفاق به خویشان در صورتی واجب است که انفاق کننده تمکن پرداختن آن را زاید بر مخارج خود داشته باشد، و گیرندهٔ نفقه نیز نیازمند به گرفتن آن باشد. ولی تکلیف مرد نسبت به دادن نفقهٔ زن منوط به هیچ یک از این دو شرط نیست: یعنی، زن ثروتمند نیز می‌تواند از شوهر مستمند خود مطالبهٔ نفقه کند.

۳. نفقهٔ زن مانند سایر دیون بر عهدهٔ شوهر است، بنابراین، زوجه حق دارد نفقهٔ گذشتهٔ خود را نیز مطالبه کند. ولی انفاق بین خویشان تنها به منظور تأمین گذران آنهاست، و به همین دلیل مطالبهٔ نفقه همیشه ناظر به آینده است و از بابت گذشته نمی‌توان پولی درخواست کرد (مادهٔ ۱۲۰٦).

٤. نفقهٔ زن بر نفقهٔ اقارب مقدم است (مادهٔ ۱۲۰۳ ق.م.) و در حال ورشکستگی و اعسار مرد نیز در زمرهٔ دیون ممتاز است (مادهٔ ۱۲۰٦ ق.م.). تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده، نفقهٔ زوجه و اولاد را بر سایر دیون مقدم داشته است. بنابراین، ترتیبی که در مادهٔ ۲۲٦ قانون امور حسبی برای پرداخت دیون مقرر شده و نفقهٔ زن در طبقهٔ چهارم قرار گرفته است، در این مورد از بین می‌رود و نفقهٔ زوجه و اولاد در صدر طبقات طلبکاران واقع می‌شود.

۱۱۹. ماهیت حق زن بر نفقه:

برای تأمین معاش زن، اموال گوناگونی را شوهر در اختیار او می‌گذارد: مسکن شایسته فراهم می‌آورد، فرش و اثاث منزل می‌خرد، آذوقهٔ سالیانه تهیه می‌کند، به او برای خرید پاره‌ای خوراکی‌ها پول می‌دهد و زیور و لباس می‌خرد... و مانند اینها. اکنون، باید دید حقی که زن بر این‌گونه اشیا پیدا می‌کند چه ماهیتی دارد؟ آیا مالک آنهاست و می‌تواند هر تصرفی که می‌خواهد در اجزای نفقه بکند یا فقط اذن در انتفاع دارد و به عنوان امین از طرف شوهر باید آنها را نگهداری و اداره کند؟

برای پاسخ دادن به این پرسش، باید میان اموالی که مصرف شدنی است و قابلیت

ماندن را در برابر استفاده ندارد، و اموالی که با انتفاع نیز باقی می‌ماند تفاوت گذارد:

در مورد اموال مصرف شدنی، باید مالکیت زن را بر نفقه پذیرفت. زیرا دربارهٔ آنها حق انتفاع از مالکیت جدا شدنی نیست و ظاهر این است که شوهر آنها را به او تملیک کرده است. پس، زن مالک پولی که برای تهیهٔ غذای خود گرفته یا صابون و عطری که به او داده شده است می‌شود، و آنچه در نتیجهٔ صرفه‌جویی پس انداز می‌کند متعلق به خود اوست. ولی، باید دانست که نفقهٔ فرزندان و هزینهٔ تهیهٔ غذای شوهر و اعضای خانواده، که به طور معمول به زن داده می‌شود، به ملکیت او در نمی‌آید؛ باید به همان مصرف خاص برسد و زن در مقام صرف این گونه هزینه‌ها حکم مدیر و امین شوهر را دارد.

در مورد اموال ماندنی، معیارِ تمیز ارادهٔ شوهر و تعیین حق زن حکم عرف است: خانه و اثاث منزل را شوهر به همسر خود نمی‌بخشد و فقط به او اذن در انتفاع می‌دهد، و به همین دلیل همیشه می‌تواند از این اذن رجوع کند و خانهٔ دیگری را بابت نفقه در اختیار زن قرار دهد.

برعکس، لباس و زیوری که مرد برای زن می‌خرد به ظاهر به او می‌بخشد و زن مالک آن است. با وجود این، چون در مقام اجرای تکلیف قانونی خویش این اموال را تملیک می‌کند، نباید او را نسبت به چگونگی تصرف در آنها بیگانه شمرد. در واقع، این اموال به عضوی از خانواده تملیک می‌شود ؛ خانواده‌ای که شوهر بر آن نظارت دارد و مسؤول تأمین هزینه‌های آن است. پس، باید پذیرفت که زن در تصرفات خود آزاد نیست و باید حدود عرف را رعایت کند.

به بیان دیگر، تفویت این اموال سبب اضرار به شوهر و ایجاد تکلیف در تهیهٔ مجدد آنهاست و این امری است که بی گمان عرف پذیرای آن نیست.

۱۲۰. ضمانت اجرای خودداری یا ناتوانی شوهر از دادن نفقه:

الزام شوهر به دادن نفقهٔ زن ناشی از قاعدهٔ حقوقی است و، چنان که گفته شد (ش ۱۱٤)، در نکاح دایم ریشهٔ قراردادی ندارد. اجرای این قاعدهٔ حقوقی از جهت مدنی و کیفری بدین شرح تضمین شده است :

۱. **ضمانت اجرای کیفری:** به موجب مادهٔ ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات): **«هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقهٔ زن خود را در صورت تمکین ندهد... دادگاه**

می‌تواند او را به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم نماید...». از لحن ماده به خوبی پیداست که کیفر تعزیر در مورد شوهری اجرا می‌شود که نفقهٔ آیندهٔ زن خود را تأمین نکند. پس، اگر مردی از بابت نفقهٔ گذشته مبلغی به زن خود بدهکار باشد، ولی مخارج ضروری او را در آینده تأمین کند، مشمول حکم مادهٔ ۱۰۵ نیست، و در این حالت، زن فقط می‌تواند برای گرفتن طلب خود به دادگاه مدنی رجوع کند.

۲. ضمانت اجرای مدنی: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت، محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد.» (مادهٔ ۱۱۱۱ ق.م.)

ولی صدور حکم به پرداختن نفقه برای حفظ حقوق زن کافی نیست. زیرا، ممکن است مرد توانایی پرداختن آن را نداشته باشد، یا اموال خود را پنهان کند و مانع اجرای حکم شود.

از سوی دیگر، طلاق نیز بدون رضای شوهر به تشریفات طولانی نیاز دارد. پس، زن در صورت بداندیشی شوهر به وضعی دچار می‌شود که از نظر اجتماعی و انسانی عادلانه نیست. به همین جهت، مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: **«در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه»**.

در این که مادهٔ ۱۱۲۹ آیا ناظر به نفقهٔ آینده است یا دربارهٔ مخارج گذشته نیز اجرا می‌شود، اختلاف است. ظاهر مادهٔ ۱۱۲۹ هر دو مورد را شامل می‌شود و به ویژه، هرگاه صدور حکم به نفقهٔ آینده را مجاز نشمریم، مفاد آن تنها در مورد نفقهٔ گذشته قابل اجرا است. با وجود این، بسیاری از دادرسان و نویسندگان آن را اختصاص به نفقهٔ آینده داده‌اند.

در تأیید این نظر استدلال شده است که نفقهٔ گذشته در حکم سایر دیون شوهر به زن است. همان گونه که به استناد طلبی که زن به جهات دیگر از مرد دارد نمی‌توان او را مستحق درخواست طلاق شمرد، در مورد طلب ناشی از نفقهٔ گذشته نیز صدور حکم به طلاق مجوزی ندارد. قانونگذار خواسته است شوهری که توانایی اداره کردن خانواده و تأمین معاش زن را ندارد، نتواند او را پای‌بند به چنین نکاحی سازد. ولی، چگونه

می‌توان شوهری را که اکنون آمادهٔ دادن نفقه است و تنها طلب گذشتهٔ زن را نپرداخته است ناگزیر از طلاق کرد؟

درستی این استدلال را، در فصل مربوط به طلاق بررسی می‌کنیم. ولی، همین اندازه می‌گوییم که حکم اصراری شمارهٔ ۲٤۰۰-۳۹/۷/۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در موردی که دادگاه استان، به استناد عجز شوهر از پرداختن نفقهٔ گذشته، حکم طلاق صادر کرده است، تصمیم آن دادگاه را تأیید کرده است.

۳. **اقدام تأمینی:** مادهٔ ۱۲۰۵ اصلاح شدهٔ قانون مدنی مقرر کرده است: «در موارد غیبت یا استنکاف از پرداخت نفقه، چنانچه الزام کسی که پرداخت نفقه بر عهدهٔ اوست ممکن نباشد، دادگاه می‌تواند با مطالبهٔ افراد واجب النفقه از اموال غایب یا مستنکف در اختیار آنها یا متکفل مخارج آنان قرار دهد و در صورتی که اموال غایب یا مستنکف در اختیار نباشد، همسر وی یا دیگری با اجازهٔ دادگاه می‌توانند نفقه را به عنوان قرض بپردازند و از شخص غایب یا مستنکف مطالبه نمایند». حکم این ماده از اصول حقوقی نیز استنباط می‌شود[1]، ولی تصریح قانونگذار به تردیدها و احتیاط‌ها پایان بخشید.

ب . نفقهٔ زن پس از انحلال نکاح

۱۲۱. استثنایی بودن تکلیف مرد:

قانون مدنی تأمین معاش خانواده را به عهدهٔ شوهر گذارده است. بنابراین، الزام مرد به پرداختن نفقه تا زمانی ادامه دارد که بتوان او را شوهر و سرپرست خانواده نامید. پس از انحلال نکاح، زندگی مشترک زن و مرد از بین می‌رود؛ هر کدام به راه خود می‌رود و از نظر اصول شوهر تکلیفی در پرداختن نفقه ندارد. مادهٔ ۱۱۰۹ ق.م. استثنایی بودن تکلیف شوهر را در زمان عده به طور ضمنی بیان کرده است، زیرا به صراحت اعلام می‌کند که: «... **اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد**». در طلاق رجعی نیز، اگر طلاق در حال نشوز واقع شده باشد، زن حقی بر نفقه ندارد و مادهٔ ۱۱۱۰ هم در تکمیل این اصل مقرر می‌دارد: «**در عدهٔ وفات زن حق نفقه ندارد**».

استثنای بر اصل، همچنان که به تفصیل خواهد آمد، در موردی است که طلاق

---

۱. رک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ش ۷۱۰.

به‌طور کامل پیوند زناشویی را نمی‌گسلد؛ شوهر تا پایان عده سرپرست خانواده است و زن ناچار است شؤون خانواده را رعایت کند و راهنمایی‌های شوهر پیشین خود را بپذیرد (عدهٔ طلاق رجعی).[1] همچنین است موردی که زن باردار است، توانایی کار کردن ندارد و برای تغذیهٔ جنین به هزینه‌های اضافی نیازمند است.

با وجود این، پاره‌ای از دادرسان استثنایی بودن تکلیف مرد را از یاد برده بودند و در تمام مواردی که گواهی عدم سازش صادر می‌کردند مرد را محکوم می‌ساختند که نفقهٔ ایام عدهٔ زن را بپردازد. گاه از این هم پیش‌تر می‌رفتند و برای زنانی که عده نداشتند سه ماه نفقه معین می‌کردند! قطعی بودن تصمیم دادگاه در این گونه موارد و عدم امکان بازرسی آن از طرف دیوان کشور، دادرسی در امور خانواده را گاه چنان نسنجیده و سرسری ساخته بود که قاضی تنها در پی آن بود که اوراق چاپی و آمادهٔ «گواهی عدم امکان سازش» را پر کند و کمتر به اصول حقوقی بیندیشد.

مبنای این تصمیم نادرست حکم مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده بود که مقرر می‌داشت: «در کلیهٔ مواردی که گواهی عدم امکان سازش می‌شود، دادگاه ترتیب نگاهداری اطفال و میزان نفقهٔ ایام عده را با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین و مصلحت اطفال معین می‌کند...» ولی، آیا می‌شود ادعا کرد که با این حکم امتیاز بین عدهٔ طلاق رجعی و بائن از بین رفته و مادهٔ ۱۱۰۹ قانونی مدنی نسخ شده است؟ قانون حمایت از خانواده نهالی است که بر بنای کهن قانون مدنی روییده و پاره‌ای از اصول آن را به مقتضای زمانه اصلاح کرده است، پس چگونه می‌توان نهال نوخاسته را جدای از اصول حقوقی پایه در نظر آورد؟

معنی مادهٔ ۱۲، بر فرض که در حقوق کنونی مورد اعتنا قرار گیرد، این است که دادگاه، در تمام مواردی که زن استحقاق گرفتن نفقه را در زمان عده دارد، باید میزان نفقه را با توجه به وضع مالی طرفین معین کند. در واقع، این ماده ناظر به آیین دادرسی و لزوم پیش‌گیری از نزاع آیندهٔ زن و مرد است و لحن و موقع ماده به خوبی نشان می‌دهد که قانون گذار در مقام بیان موارد استحقاق زن بر نفقه نبوده است تا توهم امکان نسخ ضمنی به میان آید.

---

۱. واتقوا الله ربکم لاتخرجوهن من بیوتهن و لایخرجن (سورهٔ طلاق، آیهٔ ۱) – قطب الدین راوندی در بیان مفاد و نتیجهٔ این آیه می‌نویسد: «و عندنا و عند جمیع الفقهاء یجب علیه السکنی و النفقة و الکسوة اذا کانت المطلقه رجعیه، و ان کانت بائنة فلانفقة لها و لا سکنی» (ج۲، ص ۱۶۴).

بنابراین، در تمام مواردی که طلاق به صورت خلع یا مبارات واقع می‌شود یا زن عده ندارد، صدور حکم به دادن نفقه بر خلاف قانون و تجاوز به اصول حقوقی است. شوهر تنها در دو مورد پس از انحلال نکاح نیز ملزم به انفاق است.

الف. در زمان عدهٔ طلاق رجعی؛

ب. زمان حمل در طلاق بائن و فسخ نکاح.

۱۲۲. الف – عدهٔ طلاق رجعی:

به موجب قانون مدنی، طلاق رجعی طلاقی است که در زمان عده مرد می‌تواند از طلاق رجوع کند و ایجاد رابطهٔ زن وشوهری نیاز به نکاح مجدد ندارد (مادهٔ ۱۱٤۸ ق.م.).

پس، در تعریف طلاق رجعی باید گفت، طلاقی است که در زمان عده شوهر می‌تواند از آن رجوع کند.

در زمان عدهٔ طلاق رجعی، زن در حکم زوجهٔ شوهر است. به همین جهت، رابطه داشتن با چنین زنی در حکم رابطهٔ نامشروع با زن شوهردار است. در صورت فوت یکی از آن دو، دیگری از متوفی ارث می‌برد؛ مرد ریاست خانواده را عهده‌دار است و نیز وظیفه دارد که نفقهٔ زن را بپردازد.

همان گونه که در زمان زوجیت نشوز مانع از استحقاق گرفتن نفقه است، در عده نیز حق زن را از بین می‌برد. حتی، اگر طلاق در حال نشوز واقع شده باشد، زن در زمان عده بر نفقه حقی ندارد؛ چنان که مادهٔ ۱۱۰۹ می‌گوید: **«نفقهٔ مطلقهٔ رجعیه در زمان عده بر عهدهٔ شوهر است، مگر این که طلاق در حال نشوز واقع شده باشد...».**

منتها، باید دانست که تمکین در این دوره معنی محدودتری دارد و عادات و رسوم اجتماعی نیز زنی را که در زمان عدهٔ رجعی است به مانند زن شوهردار موظف به رعایت کامل ارادهٔ شوهر در نظام خانوادگی نمی‌بینند. برای مثال، مرد نمی‌تواند با چنین زنی رابطهٔ جنسی داشته باشد، مگر این که به قصد رجوع و با تراضی باشد.

۱۲۳. ب – زمان حمل در طلاق باین و فسخ نکاح:

در صورتی که طلاق باین باشد، یعنی مرد نتواند در مدت عده به زن رجوع کند

(مادهٔ ۱۱٤٤) یا نکاح در اثر وجود عیبی در مرد یا زن فسخ شود، شوهر الزامی به پرداختن نفقهٔ زمان عده ندارد.

ولی، اگر زن حامل باشد، در هر حال تا مدتی که وضع حمل نکرده است، حق گرفتن نفقه دارد؛ چنان که مادهٔ ۱۱۰۹، پس از اعلام وضع مطلقهٔ رجعیه، اضافه می‌کند: «.. **لیکن اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق باین باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود، که در این صورت، تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت**».[1]

استثنای بخش اخیر مادهٔ ۱۱۰۹ این پرسش را به میان می‌آورد که، به چه دلیل مرد مکلف شده است به زن سابق خود تا زمان وضع حمل نفقه بدهد؟ آیا این الزام به خاطر کودکی است که زن از نسل او در شکم دارد، یا قانونگذار خواسته است، به این دلیل که زن توانایی کار کردن را در این دوران ندارد، هزینهٔ زندگی او را بر دوش پدر طفل قرار دهد؟ به بیان دیگر، حکم مادهٔ ۱۱۰۹ اشاره به نفقهٔ طفل است که از باب لزوم انفاق به خویشان به عهدهٔ پدر گذارده شده است و به کسی داده می‌شود که جنین به حکم طبیعت از خون او تغذیه می‌کند، یا مبنای استحقاق زن وضع خاص اوست و نفقه را به عنوان زوجهٔ سابق می‌گیرد نه عامل روزی ده طفل؟

جستجوی مبنای حقوقی الزام مرد به انفاق، ثمرهٔ عملی فراوان دارد. زیرا، اگر نفقه به شخص زن داده شود، احکام آن تابع نفقهٔ زوجه است و این الزام، همان طور که گفته شد، امتیازهای گوناگونی بر نفقهٔ اقارب دارد. ولی، هرگاه نفقه برای طفل باشد، الزام به آن مشروط به توانایی مالی پدر و نداری طفل است و تنها برای آینده قابل مطالبه است... و مانند اینها.

به هر حال، دربارهٔ پاسخ این پرسش اختلاف شده است و به نظر می‌رسد گفتهٔ کسانی که نفقه را برای زن دانسته‌اند قوی‌تر باشد. زیرا، جنین وجود مستقل ندارد و پیش از تولد پاره‌ای از بدن مادر است و از این بابت پدر تکلیفی دربارهٔ انفاق به او پیدا نمی‌کند. درست است که وضع ویژهٔ زن سبب شده است که نفقهٔ او به عهدهٔ مرد گذارده شود، ولی همان‌گونه که از ظاهر مادهٔ ۱۱۰۹ نیز برمی‌آید، نفقه برای تأمین گذران زن و جبران زحمتی است که متحمل می‌شود. زن، تا زمانی که باردار است

---

۱. آیهٔ «و ان کن اولات حمل فانفقوا علیهن حتی یضعن حملهن»: مقدس اردبیلی، زبدة البیان، ص ۵۳۹.

استحقاق گرفتن نفقه دارد نه دستمزد.[۱]

۱۲۴. نفقهٔ زن حامل در عدهٔ وفات:

مادهٔ ۱۱۰۹ قانون مدنی از نفقهٔ زن حامل در عدهٔ وفات سخنی نگفته است. زیرا، بخش اخیر این ماده موردی را بیان می‌کند که زناشویی به علت فسخ یا طلاق باین بر هم خورده است. پس، باید دید آیا می‌توان از راه قیاس ادعا کرد که زن حامل در عدهٔ وفات نیز استحقاق گرفتن نفقه را دارد؟

این قیاس ممکن نیست، زیرا تکلیف مربوط به انفاق زن ویژهٔ شوهر است. در فرض ما، دارایی شوهر پس از فوت او به بازماندگانش رسیده است؛ به کسانی که هیچ وظیفه‌ای در پرداختن هزینهٔ زندگی زن مورث خود ندارند. درست است که دیون شخص پس از مرگ او به وارثان منتقل می‌شود، چنان که، اگر مرد از بابت نفقهٔ گذشته بدهی داشته باشد، آنان باید بپردازند، ولی نفقهٔ آیندهٔ زن هنوز در زمرهٔ دیون او در نیامده است. زوجیت منحل شده و دارایی مرد بین وراث، و از جمله خود زن، تقسیم گردیده است. پس، چگونه می‌توان ادعا کرد که سایرین وظیفه دارند که به این وارث، به دلیل وجود حمل، نفقه بدهند؟ و به همین دلیل در مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی آمده است که: **«در عده وفات زن حق نفقه ندارد»** و این قاعده به هیچ استثنایی بر نخورده است.[۲] ایراد نشود که، اگر الزام به دادن نفقه مربوط به شخص زوج است، پس چرا قانون نفقهٔ زن در عدهٔ طلاق رجعی را مطلقاً به عهدهٔ او گذارده است که هرگاه زوج بمیرد وارثان بدهند. زیرا، در این فرض نیز با فوت مرد تکلیف انفاق از بین می‌رود. زن در این دوره در حکم زوجه است، بنابراین با فوت شوهر باید عدهٔ وفات نگاه دارد و حق گرفتن نفقه نیز از وراث ندارد: یعنی با فوت مرد، موقعیت قانونی زن نیز تغییر می‌کند و دیگر نمی‌توان او را «مطلقهٔ رجعیه» نامید. از این پس بیوه‌ای است که شوهر خود را از دست داده و باید تابع احکام زن شوهر مرده باشد.[۳]

---

۱. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: دکتر جعفری لنگرودی، خانواده، ش ۲۱۲ و ۲۱۳.

۲. در حقوق فرانسه نیز تعهد مربوط به انفاق جنبهٔ شخصی دارد و در اثر فوت از بین می‌رود و فقط موردی استثناء شده است که حصهٔ همسری که زنده مانده از میراث متوفی به اندازهٔ گذران زندگی او نباشد (مازو، بخش ۲، از ج ۱، ش ۱۲۱۵).

۳. سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروة‌الوثقی، کتاب عده، ص ۸۴ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ←

همچنین است در مواردی که طلاق باین است یا حامل از جهت فسخ نکاح عده نگاه می‌دارد. در این دو حالت، زن در صورت فوت شوهر نیز عدهٔ طلاق و فسخ را ادامه می‌دهد و نگهداری عدهٔ وفات به عهدهٔ او نیست. ولی، پس از وفات شوهر نیز نمی‌تواند از وارث مطالبهٔ نفقه کند.

ج : نفقه در نکاح منقطع

۱۲۵. نفقه از آثار نکاح منقطع نیست:

در نکاح دایم، همین که عقد واقع شود، شوهر به حکم قانون ملزم به دادن نفقه است (مفاد مادهٔ ۱۱۰۲ ق.م.). ضرورتی ندارد که زن و شوهر به این اثر حقوقی توجه داشته باشند و بر مبنای آن توافق کنند و، خواهیم دید که، حتی تراضی آنان نیز نمی‌تواند تکلیف شوهر را از بین ببرد (مادهٔ ١١٠٦ ق.م.).

ولی، در نکاح منقطع، زوجیت با انفاق ملازمه ندارد و قانون به مناسبت نکاح شوهر را ملزم به دادن نفقه نمی‌کند؛ چنان که در مادهٔ ۱۱۱۳ قانون مدنی آمده است: «**در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد، مگر این که شرط شده باشد یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد**».

بدین ترتیب، در نکاح موقت حدود تکلیف شوهر در تأمین معاش زن واگذار به قرارداد خصوصی آنان شده است. قانونگذار الزام به دادن نفقه را در زمرهٔ شرایط مرسوم این زواج نمی‌پندارد و به همین جهت آن را از قواعد تکمیلی پیمان زوجیت قرار نمی‌دهد. پس، باید التزام به دادن نفقه به گونه‌ای موضوع ارادهٔ مشترک طرفین قرار گیرد: یا در نکاح شرط شود یا بنای آن بر این امر باشد و به طور ضمنی التزام به دادن نفقه را از توابع نکاح قرار داده باشند. برای مثال، در موردی که نکاح به مدتی طولانی (مانند ۹۹ ساله) است، تبانی ضمنی در التزام به دادن نفقه در آن وجود دارد، به ویژه در موردی که زن و شوهر با هم به سر می‌برند و زندگی مشترک دارند. از این هم پیش‌تر

←کتاب عده- محقق قمی (جامع الشتات، ص ۴۲۶) در مورد نفقهٔ زوجهٔ حامل متوفی می‌نویسد: «از مال شوهر نفقه ندارد اجماعاً و همچنین از مال حمل علی الاظهر الاشهر بین المتأخرین و جمعی از قدما بر وجوب آن از مال حمل فتوی داده‌اند و قول اول اظهر است».

باید رفت: در زندگی زناشویی امروز، هرچند دائمی نباشد، زن تنها وسیلهٔ تمتع و در حکم عین مستأجره نیست؛ شخصیتی است که به همسری برگزیده شده و یکی از دو کانون خانواده است. پس، شوهر نمی‌تواند نسبت به معاش او، به ویژه در صورتی که به آن نیاز دارد، بی‌تفاوت بماند و التزامی نداشته باشد. حقوق نیز باید به این موقعیت تازه احترام گذارد و سکوت دو طرف را، بر مبنای داوری عرف، حمل بر التزام به تأمین معاش زن کند. به بیان دیگر، التزام به تأمین معاش زن شرط بنایی این گونه زناشویی‌ها است.

۱۲۶. مبنای حقوقی و میزان نفقه:

از آنچه گفته شد، چنین برآمد که الزام به انفاق در نکاح موقت در همه حال ریشهٔ قراردادی دارد. از این مقدمه می‌توان نتیجه گرفت که ارکان نفقه و میزان آن تابع توافق در این باره است. پس، لزومی ندارد که در هر حال متناسب با وضع زن باشد (مادهٔ ۱۱۰۷ ق.م.). باید دید طرفین به کدام عامل نظر داشته‌اند و، اگر به اجمال دربارهٔ دادن نفقه توافق کرده‌اند، عرف محل چه اقتضا دارد (مادهٔ ۲۲۰ ق.م.).

با وجود این، باید دانست که به طور معمول، به‌ویژه در مواردی که نکاح برای مدت طولانی واقع می‌شود، تفاوتی بین میزان و ارکان نفقه در نکاح دائم و موقت وجود ندارد. زیرا، گفته شد که عوامل پیش‌بینی شده در مادهٔ ۱۱۰۷ تنها برای مثال است و شوهر باید نیازهای مادی همسر خود را، چنان که عرف اقتضا دارد، فراهم آورد. در نکاح منقطع نیز به طور معمول شرط می‌شود که نفقهٔ زن به عهدهٔ شوهر است و در تعیین میزان و چگونگی این نفقه نیز عرف حکومت دارد.

۱۲۷. رابطهٔ نفقهٔ قراردادی و تمکین:

از آنجا که مبنای تکلیف مرد به دادن نفقه قرارداد خصوصی بین او و زن است، مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی که می‌گوید: «**هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود**»، دربارهٔ آن قابل اجرا نیست. در رابطهٔ بین تکلیف قانونی زن به تمکین و التزام به دادن نفقه باید دید طرفین چه می‌خواسته‌اند. در تحلیل این خواستهٔ مشترک، می‌توان گفت التزام شوهر به طور ضمنی مقید به تمکین است و

دو طرف چنین اراده کرده‌اند که تعهد به انفاق همان موقعیتی را پیدا کند که در نکاح دایم دارد. پس، احترام به ارادهٔ آنان ایجاب می‌کند که التزام مرد به دادن نفقه در صورت نشوز زن ساقط شود.

گفتار سوم : جهیز زن

۱۲۸. مفهوم عرفی جهیز:

در بسیاری از خانواده‌ها مرسوم است که زن، به فراخور دارایی خود و کسانش، تمام یا بخشی از اثاث مورد نیاز زندگی تازه را به خانهٔ شوهر ببرد. این رسم را دلایل گوناگون اجتماعی و روانی به وجود آورده است: تأمین معاش خانواده به عهدهٔ شوهر است، ولی زن نیز میل دارد در این تلاش او را یاری دهد. در تقسیم سنتی کار بین زن و مرد، زن به تنظیم امورخانه می‌پردازد و از کار خود درآمدی ندارد. پس، ناچار باید مالی به همراه برد و بدین گونه سهمی از این بار را به دوش کشد و همسر را کمک کند. در واقع، آوردن جهیز نشانهٔ صمیمیت و مظهری از روح تعاون بین خانوادهٔ زن با شوهر است. از سوی دیگر، بر طبق قانون، دختر خانواده نصف پسر ارث می‌برد و دادن جهیز به دختر راهی است برای تعدیل قانون.

به هرحال، اگر جهیز از مال دختر نباشد، خانواده‌اش آن را به او تملیک می‌کنند. آوردن جهیز به معنی انصراف از مالکیت یا شریک ساختن شوهر در آن نیست. حق مالکیت زن باقی می‌ماند، ولی شوهر نیز از منافع آن بهره‌مند می‌شود و می‌تواند به طور متعارف از این اموال استفاده کند.

از نظر حقوقی، آوردن جهیز نوعی اباحهٔ تصرف است و هیچ حقی برای شوهر ایجاد نمی‌کند. بنابراین، هرگاه زن بخواهد می‌تواند جهیز را به دیگری انتقال دهد یا به خانهٔ پدری برگرداند. ولی، از جهت اخلاقی، زن این اموال را به خانواده اختصاص می‌دهد تا صرف نیازهای اعضای آن شود.

خانواده شخصیت حقوقی مستقل ندارد و کسی به نام این گروه نمی‌تواند تصمیم بگیرد، لیکن در عادات و رسوم اجتماعی اعتباری برابر این گونه شخصیت‌ها دارد. اعضای آن از آزادی و ملکیت و هر چه بوی اختصاصی و خودپرستی دهد می‌گذرند تا به اشتراک کانونی بر مبنای تعاون به وجود آورند. بنابراین، همین که زن تصمیم به

استفاده از اختیارهای قانونی خود بگیرد، باید آن را نشانهٔ سستی خانواده و ایجاد رخنه در همبستگی اعضا شمرد.

۱۲۹. دشواری تنظیم رابطهٔ مالی زن و شوهر:

در حقوق ما استقلال مالی زن و شوهر محفوظ می‌ماند و در عالم اعتبار نکاح هیچ گونه اشتراکی در اموال ایجاد نمی‌کند. با وجود این، مخلوط شدن جهیز زن با اموالی که شوهر در دوران زندگی زناشویی تهیه می‌کند و وجود اموالی که گاه به اشتراک برای تأمین نیازهای خانواده خریده می‌شود، تنظیم روابط مالی آنان را دشوار می‌سازد. قاعدهٔ حقوقی حاکم بر این روابط روشن و قاطع است ولی تمیز مورد اجرای آن قاعده از دشوارترین داوری‌ها است.

چنان که گفته شد، برای تشکیل خانواده، زن و شوهر اموال خود را به اشتراک مورد استفاده قرار می‌دهند. ولی، هنگامی که روابط اخلاقی به سستی گرایید و پای قانون به میدان آمد، اختلاف می‌شود که کدام مال از آن شوهر و کدام متعلق به زن است. همچنین، جهیز زن در تصرف خود او نیز هست و می‌تواند آن را از بین ببرد و به دیگران منتقل سازد. پس، هنگام ترک خانهٔ شوهری و انحلال خانواده این نزاع به میان می‌آید که آیا جهیز همچنان باقی و در تصرف شوهر است یا در اثر استعمال یا تصرفات دیگر از بین رفته است؟

۱۳۰. اختلاف در مالکیت:

در مورد املاک، با اجباری شدن ثبت، رفع اختلاف بین زن و شوهر آسان است. در مورد املاک ثبت نشده نیز، چون دلیل مالکیت این اموال به طور معمول نگاهداری می‌شود، در مقام تعیین مالک، دادرس با دشواری ویژه‌ای روبه‌رو نیست. ولی، دربارهٔ اموال منقول و اثاث خانه، داشتن سند خرید و نگهداری آن امری نامتعارف است. پس، اگر شوهر یا طلبکاران او ادعا کنند که این اموال به مرد تعلق دارد و زن مدعی شود که مورد نزاع را به عنوان جهیز به خانهٔ شوهر آورده است، دادگاه در بسیاری موارد سند یا شاهدی برای اثبات مالکیت نمی‌یابد و ناچار باید به استناد ظواهر و امارات حکم دهد.[۱]

---

۱. پاره‌ای از خانواده‌ها، برای پیشگیری از این نزاع، صورت جهیز زن را به امضای شوهر می‌رسانند و در واقع ←

در این‌گونه دعاوی، تمیز مدعی از مدعی علیه اهمیت شایان دارد. زیرا، اثبات دعوا با مدعی است و اگر او نتواند دلیل قانع کننده‌ای به دادگاه ارائه کند محکوم می‌شود، در حالی که مدعی علیه نقش دفاعی دارد.

برای تمیز مدعی، دادگاه، در مرحلهٔ نخست باید به عرف و عادت و اوضاع و احوال توجه کند. جایی که مرسوم است تمام اثاث منزل را زن به عنوان جهیز به خانهٔ شوهر می‌برد، به ویژه در فرضی که مدت طولانی از تاریخ نکاح نمی‌گذرد و زن نیز ثروتمند است، باید شوهر را مدعی شمرد و از او دلیل مالکیت خواست. برعکس، در موردی که زن از خانوادهٔ ثروتمندی نیست و دعوا درباره اشیای گرانبهایی است که زن به طور معمول توانایی تهیهٔ آن را ندارد، یا از تاریخ وقوع نکاح چندان می‌گذرد که بقای مال مورد نزاع بعید به نظر می‌رسد، باید زن را مدعی به حساب آورد.

ولی، جایی که قراین خارجی وجود ندارد، باید از امارهٔ تصرف یاری خواست.[1] پس، اگر یکی از طرفین تصرفی زاید بر دیگری داشته باشد و، برای مثال، مال را در صندوق یا اطاق ویژهٔ خود نگاه دارد، باید او را مالک انگاشت و دیگری را مدعی شمرد. همچنین، اگر مالی مورد استفادهٔ اختصاصی یکی از آن دو قرار گیرد، تصرف او بر مال قوی‌تر از دیگری است و اماره بر مالکیت متصرف قرار می‌گیرد.

ولی، در موردی که استعمال اختصاصی و تصرف زاید هیچ یک از آنها معلوم نشود، آیا ممکن است از طبیعت مال و چگونگی استعمال عرفی آن برای احراز تصرف اضافی و قوی‌تر یکی از دو طرف سود برد؟

برای مثال، آیا می‌توان ادعا کرد که، چون ریش تراش برقی یا پالتوی مردانه به حکم عادت مورد استفادهٔ مردان قرار می‌گیرد، ظاهر این است که شوهر آن را در تصرف اختصاصی خود دارد و در دعوای مالکیت مدعی علیه به شمار می‌رود؟

مادهٔ ۷۹ آیین‌نامهٔ اجرای مفاد اسناد رسمی، در موردی که طلبکار یکی از زوجین برای توقیف اموال او به محل سکونت مشترک آنان رجوع می‌کند، این ادعا را پذیرفته

←از او سند می‌گیرند، ولی این کار مرسوم نیست و گاه نیز نشانهٔ بی‌اعتمادی به شوهر و دور از نزاکت تلقی می‌شود.

۱. مادهٔ ۳۵ ق.م. که می‌گوید: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.» رک. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۱۹۹ به بعد.

است.

در این ماده آمده است که: «هرگاه متعهد یکی از زوجین باشد که در یک خانه زندگی می‌نمایند، از اثاث البیت آنچه که عادتاً مورد استعمال زنانه است ملک‌زن و آنچه که عادتاً مورد استعمال مردانه است ملک شوهر و مابقی مشترک بین زوجین محسوب خواهد شد، مگر اینکه خلاف ترتیب فوق ثابت شود». مفاد این حکم در مادهٔ ٦۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳٥٦ تکرار شده است.

دیوان عالی کشور نیز در حکم شمارهٔ ۲۳٦-۲٥/۲/۱۷ شعبهٔ ٦، مفاد مادهٔ ۷۹ را به عنوان قاعدهٔ کلی پذیرفته است و می‌گوید: «اصولاً آنچه را از اثاثیهٔ خانه که عرفاً و عادتاً اختصاص به هریک از زن و مرد دارد باید متعلق به او محسوب داشت.»[1]

باید دانست که دلالت عرف بر اختصاصی بودن اموال نیز تنها به عنوان حکم ظاهر و امارهٔ داشتن تصرف اضافی پذیرفته می‌شود. پس، هرگاه ثابت شود که شوهر هیچ‌گونه تصرف بر مالی که عادتاً مورد استفادهٔ مردان قرار می‌گیرد و در اقامتگاه مشترک آنان است ندارد و، برعکس، زن آن را همیشه در اطاق یا صندوق اختصاصی خود می‌گذارده است، نمی‌توان چنین مالی را ملک شوهر دانست و زن را مدعی شمرد.

به هر حال، مالکیت خانه‌ای که زن و شوهر در آن سکونت دارند، هیچ قرینه‌ای بر تصرف اضافی مالک نیست و، برخلاف آنچه شهرت دارد، نباید گمان کرد که هرکس مالک خانه است اثاث را نیز در تصرف دارد. زیرا، بنا به فرض، اثاث مورد نزاع در خانه‌ای است که طرفین در آن تصرف مشترک دارند.

۱۳۱. اختلاف در بقای جهیز و مسؤولیت شوهر:

فرض کنیم در زمان عقد صورت کاملی از جهیز زن تهیه شده و به امضای شوهر رسیده است و اکنون، در نتیجهٔ انحلال نکاح یا به دلایل دیگر، زن تصمیم دارد از خانهٔ شوهر برود و به استناد صورت جهیزی که در دست دارد آن اموال را از مرد مطالبه می‌کند. در این فرض، آیا شوهر را باید ملزم به رد عین جهیز کرد و، در صورت تلف

---

۱. مجموعهٔ رویهٔ قضایی متین، قسمت دوم، ص ۲۹۳ – از ابوحنیفه نقل شده است که گفتهٔ شوهر در مورد اموالی که به کار هر دو می‌آید مقدم است و شافعی در هر حال، و قطع نظر از مصرف مال، همه را از آن هر دو می‌داند: محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳٥۷.

عین، به تأدیهٔ مثل یا قیمت آنها محکوم ساخت یا دادن رسید جهیز برای صدور چنین حکمی کافی نیست؟

ممکن است ادعا شود که شوهر، با امضای صورت جهیز، به عنوان امین متعهد به نگاهداری از اموال زن شده است. بر طبق قانون، امین باید مالی را که به او سپرده شده است، در صورت مطالبهٔ مالک به او رد کند (مواد ٦١٩ و ٢٠٦ ق.م.). در موردی هم که نسبت به تلف یا بقای این اموال تردید شود، چون اصل بقای آنها است (استصحاب)، باید شوهر را مدعی شمرد و اگر او نتواند تلف جهیز را ثابت کند باید محکوم به رد آن شود.

ولی، باید دانست که جهیز زن در تصرف اختصاصی مرد قرار نمی‌گیرد. زن و شوهر بر این اموال سلطهٔ مشترک دارند و هر کدام به تنهایی نیز می‌تواند آن را به کار برد. به ویژه، زن حق دارد که جهیز را تلف کند یا به دیگری انتقال دهد و شوهر نمی‌تواند مانع کار او شود. بنابراین، ادعای این که شوهر با دادن رسید مأمور نگاهداری جهیز شده است، با واقعیت سازگار به نظر نمی‌رسد.

از سوی دیگر، زن در نتیجهٔ حق مالکیتی که بر جهیز دارد و شوهر به دلیل اباحهٔ تصرفی که به دست آورده است این اموال را استعمال می‌کنند و فرزندان خانواده و گاه میهمانان آن را به کار می‌برند. استعمال مستمر اثاث خانه را فرسوده می‌کند و از بین می‌برد. در زندگی خانوادگی حوادث ناگهانی نیز فراوان است. احتمال دارد مالی در اثر اسباب‌کشی و مسافرت و بازی بچه‌ها و آتش‌سوزی از بین برود. بدین ترتیب، چگونه می‌توان به استناد صورت جهیزی که به امضای مرد رسیده است او را محکوم به حفظ و رد این اموال دانست؟

به همین ملاحظات است که دیوان کشور در رأی شمارهٔ ١٣٦٦-١١٨٢ مورخ ذیحجهٔ ۱۳۳۹ قمری اعلام می‌کند: «داشتن قبض رسید جهیزیه از زوج به تنهایی کافی برای حق مطالبه نیست، بلکه باید زوجه ثابت نماید که جهیزیه، باقی در منزل زوج است و اثر قبض و رسید فقط همین است که، با بقاء عین جهیزیه، زوج نمی‌تواند بدون وجود ناقل جدیدی نسبت به آن دعوای مالکیت بنماید.»[1]

---

۱. محمد بروجردی عبده، اصول حقوقی در دیوان عالی تمیز، ص ۷۸ و ۷۹ – شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان تهران، پروندهٔ ۳۸ – ۴۵۹ – احمد متین، مجموعهٔ رویهٔ قضائی، قسمت دوم، ص ۲۹۸.

با وجود این، هرگاه آوردن پاره‌ای از اموال با دوام به خانهٔ شوهر مسلم باشد و از زمان نکاح نیز چندان نگذرد که احتمال تلف یا فرسودگی آنها برود، در این گفته که زن هنگام ترک خانه جهیز را با خود برده است، شوهر را باید مدعی شمرد.[1]

به‌طور خلاصه، دادگاه باید در هر دعوا به تمام قراین کار توجه کند و به تناسب مورد تصمیم شایسته بگیرد.[2]

---

۱. شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان تهران، رأی مورخ ۴۰/۷/۲۹، پروندهٔ ۳۹–۲۰۳.

۲. رک . قرائت و تمرین (۵–۲).

قرائت و تمرین (۵)

۱. اشکال صدور حکم نسبت به نفقهٔ آینده

گفته شد که، به موجب مستفاد از مواد ۱۱۱۱ و ۱۲۰۶ ق.م.، زن می‌تواند برای مطالبهٔ نفقهٔ آیندهٔ خود به دادگاه رجوع کند. خویشان در خط مستقیم نیز تنها برای آیندهٔ خود حق گرفتن نفقه دارند و همین که معاش آنها به وسیله‌ای تأمین شد، هر چند که از راه وام گرفتن از دیگران باشد، برای گذشته نمی‌توانند نفقه بخواهند.

ولی، اجرای این حق از نظر رعایت اصول آئین دادرسی مدنی دشوار است. نظم دادرسی ایجاب می‌کند که حق مدعی در زمان شروع دعوا مورد رسیدگی قرار گیرد و هر لحظه نتوان بر میزان خواسته افزود. زیرا، هر ادعا دفاعی نیز به دنبال دارد و پاسخ دادن به هر دفاع نیاز به ابراز دلایل جدید پیدا می‌کند. باید از ادامهٔ این تسلسل جلوگیری کرد و حقی را که در آغاز دادرسی به وجود آمده و مورد مطالبه قرار گرفته است موضوع رسیدگی قرار داد.

قانونگذار به وسایل گوناگون این مصلحت را در نظر گرفته و دامنهٔ دادرسی را محدود ساخته است. از جمله مناط صلاحیت دادگاه را تاریخ دادخواست معین کرده است (مادهٔ ۲۶ ق.آ.د.م)؛ مدعی را ناگزیر ساخته که آنچه را از دادگاه می‌خواهد و تمام دلایل و وسایلی که برای اثبات ادعای خود دارد، در دادخواست معین کند و اسناد لازم را بدهد (شق ۵ و ٦ مادهٔ ۷۲ و مادهٔ ۷٤). زیاد کردن خواستهٔ یا تغییر نحوهٔ دعوا باید در جلسهٔ اول دادرسی به عمل آید و پس از آن ممکن نیست (مادهٔ ۹۸).

از ملاک مجموع این مواد به خوبی برمی‌آید که دادرسی باید نسبت به حق منجز و ایجاد شده آغاز گردد و برای تاریخ بعد از دادخواست، یا حداکثر تا جلسهٔ دادرسی، نمی‌توان درخواستی کرد. حتی، برای تأکید این مطلب که دادگاه نمی‌تواند دربارهٔ حقوقی که در جریان دعوا به وجود می‌آید حکمی صادر کند، در بند ۲ مادهٔ ۳٦۲ آمده است که، این گونه حقوق مانند مطالبهٔ بقیهٔ اقساط مال الاجاره و دیونی که موعد تأدیهٔ آن در جریان دعوای نخستین رسیده و مورد حکم نشده و اجرت المثل و زیانی که در زمان جریان دعوا بعد از صدور حکم نخستین به مدعی اصلی تعلق گرفته است، در مرحلهٔ پژوهش (تجدید نظر) مطالبه شود تا

دادرسی دربارهٔ آنها از نو آغاز شود.

بنابراین، چگونه ممکن است درخواست نفقهٔ آیندهٔ زوجه یا اقارب را، که هنوز به صورت حق منجز و قابل مطالبه درنیامده، پذیرفت؟ در جریان دادرسی ممکن است دهها اتفاق تازه رخ بدهد که در حق نفقه گرفتن مؤثر باشد و طرفین اثبات یا دفاع از آن نیاز به آوردن دلایل جدید داشته باشند.

برای مثال، زن ناشزه می‌شود، مرد نفقهٔ آیندهٔ زن را به وسیله‌ای از جمله تهاتر می‌پردازد. پس، اگر این درخواست پذیرفته شود، یا باید گفت، ادعا را می‌پذیریم ولی دفاع از آن را نمی‌شنویم، یا باید پذیرفتن دلایل را تا لحظهٔ اعلام پایان دادرسی ادامه داد و هیچ یک از این دو نتیجه قابل قبول به نظر نمی‌رسد.

به هرحال، همین اشکال‌ها سبب شده است که محاکم دربارهٔ امکان رسیدگی به حقوقی که در زمان جریان رسیدگی قابل مطالبه می‌شود اختلاف کنند. این تردید، اگر دربارهٔ نفقهٔ زوجه و اقارب، به دلیل طبیعت ویژهٔ آنها و حکم قانون مدنی کمتر باشد، در مورد اجرت‌المثل و اجاره بها شدیدتر است و ما برای نمونه، رأیی را که دادگاه بخش تهران در رد این تقاضا صادر کرده است مطالعه می‌کنیم، رأی از پرونده‌های شماره ۹۲۶/۳۶ و ۳٤/۹۱۳ شعبهٔ ٤ استخراج شده است:

«رأی دادگاه»

«نظر به اینکه به موجب مستفاد از روح مواد ٤٦ و ۱۲۹ قانون آئین دادرسی مدنی حقوق منجزی که تا تقدیم دادخواست برای مدعی ایجادشده فقط قابل مطالبه است و دادگاه باتوجه به میزان مزبور ابتدا باید صلاحیت خود را تشخیص بدهد وبه دلایل تقدیمی رسیدگی کند، و نمی‌تواند تا پایان دادرسی به دلایلی که استحقاق خواهان را در جریان دادرسی اثبات می‌کند توجه نماید، و روح شق ۳ از مادهٔ ۵۰۸ قانون آئین دادرسی که مطالبهٔ اجارهٔ زمان جریان دادرسی نخستین را در مرحله پژوهش تجویز کرده این موضوع را تأیید می‌نماید».

«نظر به اینکه به موجب مادهٔ ۱۱۷ قانون آئین دادرسی مدنی ازدیاد خواستهٔ خواهان تا جلسهٔ اول دادرسی اختصاری، که شروع رسیدگی به دلایل طرفین است تجویز شده و بنابراین دادگاه فقط می‌تواند نسبت به مقدار استحقاق وی تا ۱۳۳۷/۵/۷ رسیدگی نماید...».

۲. اختلاف زن و شوهر در باب جهیز زن

چنان که در متن درس نیز آمد، اختلاف زن و شوهر در باب جهیز زن دو جنبهٔ گوناگون دارد:

۱. گاه اختلاف می‌شود که آیا مالی در شمار جهیزیه است یا شوهر آن را تهیه کرده است. این نزاع را برطبق قواعد عمومی مربوط به اثبات مالکیت باید رفع کرد و رجوع به قواعد مربوط به «امارهٔ تصرف» در بسیاری موارد مفید است.

۲. اختلاف دربارهٔ مسئولیت شوهر نسبت به جهیز و بقای اموالی که به این عنوان به خانهٔ شوهر آورده می‌شود. این دعوا از مسایل ویژهٔ روابط خانوادگی است و رویهٔ قضایی باید چگونگی تطبیق قواعد عمومی امانت و مسئوولیت را در این باره معین سازد و به ویژه آثار حقوقی امضای صورت جهیز را از طرف شوهر باز نماید. گذشته از رأی شماره ۱۳٦٦-۱۱۸۲ مورخ ذیحجهٔ ۱۳۳۹ قمری دیوان کشور که در متن درس آمد، دو رأی از دادگاه شهرستان تهران (شعبه ۲۷) و حکم شماره ۱۰۱-۱٦/۱/۱۵ شعبهٔ ۳ دیوان کشور برای مطالعه انتخاب شده است که هر کدام چهرهٔ خاصی از این گونه دعاوی را نشان می‌دهد:

الف - رأی شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان (نقل از پروندهٔ شمارهٔ ٤۵۹/۳۸):

«نظر به اینکه اموال موجود در اقامتگاه مشترک زوجین، صرف نظر از مالکیت آن، در تصرف هر دو نفر می‌باشد وانحلال عقد نکاح صرفاً دلالتی بر انتزاع ید زوجه و تصرف مستقل زوج در اموال مذکور ندارد».

«نظر به اینکه عرفاً جهیز برای استعمال و استفادهٔ مشترک زوجین به خانهٔ شوهر برده می‌شود، و در عین حال زوجه در نقل و استفادهٔ اختصاصی از آن آزاد است. بنابراین، در صورتی پس از انحلال نکاح می‌تواند عین یا قیمت اموال نامبرده را از شوهر مطالبه کند که بقاء اعیان یا تلف آن را در ید شوهر بعد از وقوع طلاق اثبات نماید».

«نظر به اینکه ورقهٔ عادی مورد استناد فقط حاکی از این است که خوانده به مالکیت خواهان نسبت به اموال مذکور در ورقه اقرار و اعتراف نموده است، و به هیچ وجه حکایت از بقاء اموال در ید زوج یا تلف آن بعد از طلاق ندارد، بنابراین نمی‌تواند تمام ارکان لازم دعوای استرداد جهیزیه را مدلل دارد - لذا دعوی محکوم به بطلان می‌شود...».

ب - رأی مورخ ٤۰/۷/۲۹ همان دادگاه (پروندهٔ شمارهٔ ۲۰۲/۳۹):

خلاصهٔ دعوا این است که زنی به استناد صورت جهیزیهٔ خود، که به امضای زوج او رسیده، درخواست صدور حکم بر محکومیت او کرده است. زوج در برابر دفاع کرده که خواهان در غیبت او کلیهٔ اموال خود را به ضمیمهٔ اثاث او به سرقت برده است. دادگاه بخش نیز به این استدلال که «خواهان دلیلی بر بقای جهیزیه در ید زوج اقامه نکرده» دعوا را محکوم

به رد کرده است. پس از طرح دعوای پژوهش، در دادگاه شهرستان، بدین شرح اظهار نظر شده است :

«در خصوص مطالبهٔ: ۱) سه دست لباس سنگین (شال) و دو دست وسط (کودری) مقوم به سه هزار ریال ۲) اسباب حمام با دو بقچهٔ مخمل و چلوار مقوم به یکهزار و پانصد ریال ۳) بقچهٔ حمام مخمل زری با ۲۰ متر پارچهٔ کودری مقوم به یک هزار و پانصد ریال:

«نظر به اینکه اموال مذکور در عداد اشیائی است که عرفاً در تصرف زوجه است و معمولاً مورد استفادهٔ زوج قرار نمی‌گیرد، و مادهٔ ٥٦ آئین نامهٔ اجراء ثبت، با توجه به همین اماره، آن قسمت از اثاث البیت را که عادتاً مورد استعمال زنانه دارد ملک او تلقی کرده است».

«نظر به اینکه امضای ذیل صورت جهیز و اعلام زوج بر اینکه: «اشیاء مرقومهٔ فوق تماماً تحویل این جانب گردیده» عرفاً دلالت ندارد که اشیاء مذکور در تصرف انحصاری وی قرار گرفته، بلکه با این عبارت زوج تأیید کرده است که این اشیا که در زندگی مشترک زوجین قرار می‌گیرد به زوجه تعلق دارد. بنابراین نسبت به البسه و اشیاء مورد مطالبه که استفادهٔ از آن اختصاص به خواهان دارد، نامبرده در صورتی می‌تواند از زوج خود استرداد آنها را بخواهد، که انتزاع ید خود و تصرف انحصاری زوج را در دادگاه ثابت کند.»

«نظر به اینکه پروندهٔ امر از این حیث مقرون به دلیل قاطعی نیست، و خروج زوجه از خانهٔ زوج نیز به تنهایی و بدون هیچ گونه قرینه‌ای، حاکی از خلع ید زوجه از تمام جهیزیهٔ خود نیست، لذا در این قسمت دادنامهٔ پژوهش‌خواسته داثر بر بطلان دعوای بانو... در نتیجه استوار می‌شود.»

«و در خصوص مطالبهٔ سایر اشیای مندرج در ورقهٔ عادی ۱۳۳۷/۱۱/۲۸ : نظر به اینکه طبیعت اموال مذکور به نحوی است که مورد استفادهٔ زوجین قرار می‌گیرد، و عادتاً استعمال آن اختصاص به زوجه ندارد، و بنابراین پس از ورود اموال در خانهٔ زوج قهراً در تصرف او قرار می‌گیرد.»

«نظر به اینکه آقای... به طور مکرر آوردن اشیا را به خانهٔ خود اعتراف و منتها ادعا کرده است که، بانو... پس از خروج از خانهٔ وی جهیزیه را برده است و این ادعا نیز مقرون به دلیلی نمی‌باشد.»

«نظر به اینکه پژوهش‌خوانده در صورتمجلس مورخهٔ ٤٠/٤/١٩ ضمن توضیحات خود تصدیق کرده است که پژوهش‌خواه بیش از مدت سه ماه با او به سر نبرده است، و عرفاً در این مدت کوتاه بعید به نظر می‌رسد که اشیایی از قبیل ظروف مس و سماور و غیره در اثر کثرت استعمال از بین رفته باشد، و بنابراین بقای اشیای مورد مطالبه در دست پژوهش‌خوانده موافق با اصل و ظاهر است، و دلیلی که خلاف مدلول اصل و ادعای نامبرده را در خصوص بردن

جهیز اثبات کند به دادگاه تقدیم نشده است.»

«نظر به اینکه به شرح تصمیم مورخ ۱۳۳۹/۷/۱٤، پژوهش‌خوانده برای بیان اوصاف و قیمت اقلام مختلف جهیزیه به دادگاه دعوت شده، و پس از تعیین این خصوصیات، محکمه ضمن صدور قرار تحقیق از آقای... از پژوهش‌خوانده دعوت کرده است که برای ملاحظهٔ اوصافی که ولی زوجه از جهیزیه شمرده حاضر شود و به نوبهٔ خود توضیحات لازم را بدهد و نامبرده در مقام بیان توضیح در جلسهٔ ٤۰/٤/۱۹ گفته است: «در جهیزیه که زوجهٔ من مطالبه می‌کند، هر چند به منزل من آورده است ولی از تاریخ ازدواجش بیش از سه ماه در خانه من نماند...» و از این بیان به خوبی بر می‌آید که دربارهٔ خصوصیات ذکر شده طرفین اختلافی ندارند.»

«بنا به مراتب مذکور، با اعلام فسخ دادنامهٔ پژوهش‌خواسته، در این خصوص پژوهش‌خوانده محکوم می‌شود که اشیای زیر را به پژوهش‌خواه تسلیم کند...».

رأی شمارهٔ ۱۰۱ شعبهٔ ۳ دیوان عالی کشور ۱۳۱٦/۱/۱۵

«جهیزیهٔ زن در محل اقامت و سکنای او و تحت نظر و استیلای خود او حفظ و مورد استعمال می‌شود و تصدیق زوج فقط در زمینهٔ اقرار به مالکیت زوجه نسبت به اشیای مزبور است و سندی است که برای ثبوت مالکیت زوجه، و عدم استحقاق زوج در اشیای مزبور تحصیل می‌گردد. بنابراین حکم به ضمان و مسؤولیت زوج به مجرد تصدیق و امضای او در صورت جهیزیه مستند قانونی نخواهد داشت.»

مبحث دوم : روابط غیر مالی زن و شوهر

۱۳۲. قدرت اخلاق و ناتوانی حقوق :

در تنظیم روابط عاطفی زن و شوهر اخلاق بیش از قواعد حقوق حکومت دارد. در این رابطه، سخن از عواطف انسانی، عشق و صمیمیت و وفاداری است و حقوق برای حکومت کردن بر آنها ناتوان است. به زور اجرائیهٔ دادگاه، نه شوهر را می‌توان به حسن معاشرت با زن واداشت و نه زن را به همکاری با شوهر و وفاداری به او مجبور کرد. بر این اتحاد معنوی تنها اخلاق حکومت می‌کند و حقوق ناگزیر است که، به جای تکیه بر قدرت دولت، دست نیاز به سوی اخلاق و عادات اجتماعی دراز کند.

درست است که حقوق نیز برای زن و شوهر تکالیف ویژه‌ای معین کرده است، ولی مصداق‌های این تکالیف نیز نوعی الزام اخلاقی است:

برای مثال، به موجب قانون، زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند و باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد همکاری کنند. ولی، آیا تکلیف زن در این که از شوهر بیمار خود پرستاری کند، یا الزام پدر در مورد رساندن فرزندان خود به مدرسه تنها الزام حقوقی است؟ بی‌گمان انجام دادن این کارها لازمهٔ حسن معاشرت و همکاری زن و شوهر در تربیت اولاد است، اما برای الزام به هریک از آنها نمی‌توان در دادگاه اقامهٔ دعوا کرد و قانون برای تخلف ازاین امور جزئی ضمانت اجرا ندارد.

برخلاف آنچه بعضی پنداشته‌اند، خانواده تنها «سازمان حقوقی» نیست و قانون توانایی ایجاد نظم را در آن ندارد. خانواده سازمانی است مخلوط از قواعد حقوقی و اخلاقی و در این اختلاط نیز غلبه با اخلاق است. خانواده در هر ملت نماینده و مظهر اخلاق عمومی است. احساسات پاک انسانی و درندگیهای حیوانی هر دو در این کانون به اوج خود می‌رسند. آنچه در خانواده باید حکم‌فرما شود عشق و مهربانی و حسن نیت است، و هیچ نیرویی جز اخلاق و ایمان نمی‌تواند بر این عواطف حکومت کند.

۱۳۳. تقسیم این روابط:

روابط شخصی زن و شوهر را در خانواده به دو دستهٔ مهم می‌توان تقسیم کرد:

۱. حقوق و تکالیفی که زن و شوهر در برابر هم دارند، یعنی اموری که به طور مشترک باید، برای بهبود وضع خانواده و تربیت فرزندان، عهده دار شوند: مانند تکلیف مربوط به حسن معاشرت و کمک در تشیید مبانی خانواده و مانند اینها.

۲. در شرکتی که زن و مرد تشکیل داده‌اند، شوهر عهده‌دار ادارهٔ آن است و در نتیجهٔ مسؤولیتی که دارد قانونگذار ارادهٔ او را بر زن مقدم داشته است. بنابراین، دستهٔ بزرگی از روابط غیر مالی زن و شوهر ناشی از اقتدار اداری شوهر بر خانواده است.

گفتار نخست: حقوق و تکالیف متقابل زن و شوهر

۱۳٤. شمار این تکالیف:

چنان که گفته شد، حقوق نمی‌تواند جزئیات روابط شخصی زن و شوهر را پیش‌بینی و تضمین کند. اخلاق خانوادگی و عادات و رسوم اجتماعی تکالیف متقابلی برای زن و شوهر مقرر داشته است که حقوق آنها را دسته‌بندی می‌کند. این تکالیف را می‌توان به عنوان‌های زیر تقسیم و مطالعه کرد:

۱. سکونت مشترک؛

۲. حسن معاشرت؛

۳. معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزند؛

٤. وفاداری.

۱۳۵. سکونت مشترک:

هدف اصلی نکاح این است که زن و مرد به واقع تشکیل خانواده بدهند، و رسیدن به این هدف با جدایی آنان امکان‌پذیر نیست و با این که زواج تنها به منظور ایجاد رابطهٔ جنسی بین زن و شوهر به وجود نمی‌آید، به طور معمول این رابطه مهم‌ترین هدف آن است و زن و شوهر، از نظر اخلاقی و حقوقی، مکلف به حفظ روابط جنسی با همسر خود و سکونت مشترک با او هستند.[1]

---

۱. حقوقدانان مسیحی سکونت مشترک را به :اشتراک در سفره، اشتراک در فراش و اشتراک در سکونت تحلیل کرده‌اند واین تحلیل در حقوق فرانسه نیز اثر گذارده است: حسنعلی درودیان، اشتراک زندگی زن و شوهر ←

بنابراین، زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند مسکن گزیند، و شوهر نیز وظیفه دارد که او را در محل سکنای خود بپذیرد. قانون مدنی در باب وظیفهٔ شوهر حکم صریح ندارد، ولی عرف مسلم آن را از لوازم حسن معاشرت با زن می‌داند. این تکلیف از لوازم اتحاد معنوی زن و شوهر و تشکیل خانواده است و به همین جهت از قواعد مربوط به نظم عمومی است.[1] در نتیجه، هرگاه زن و شوهر دربارهٔ جدایی از یکدیگر و داشتن مسکن جداگانه توافق کرده باشند، این قرارداد هیچ الزامی برای آنان ایجاد نمی‌کند (مادهٔ ۹۷۵ ق.م.).[2]

تکلیف مربوط به سکونت مشترک به وسایل گوناگون از طرف قانونگذار تضمین شده است :

۱. زنی که حاضر به سکونت در خانهٔ شوهر نیست، یا مردی که زن خود را نمی‌پذیرد، ممکن است به طور مستقیم و به اجبار ناگزیر از آن شود. ولی چهرهٔ شخصی این تکلیف مانع از این است که زن و شوهر بتوانند از اجبار مستقیم نتیجهٔ مطلوب را بگیرند.

برای مثال، چگونه ممکن است زنی را که نمی‌خواهد در خانهٔ شوهر بماند به زور مأمور اجرا وادار به اقامت کرد؟ به همین دلیل هم بیشتر محاکم از صدور اجرائیه در این گونه موارد امتناع می‌کنند.

۲. همچنین، دادگاه می‌تواند، به منظور اجبار زن یا شوهر، از جریمهٔ مالی استفاده کند: بدین معنی که برای هر روز تأخیر در اجرای حکم دادگاه مبلغی را معین سازد که شخص متخلف به طرف دیگر بپردازد. پاره‌ای از نویسندگان جریمهٔ مالی را برای اجرای تعهدهای غیر مالی نامتناسب و بی اثر دانسته‌اند.[3] حذف مادهٔ ۷۲۹ ق.آ.د.م. پیشین، و پیش‌بینی نشدن جریمهٔ تأخیر در قانون ۱۳۷۹ نیز به این تردید و انکار دامن می‌زند. ولی، باید دانست که این تنها راه مؤثر برای تضمین این گونه تعهدها است. وانگهی، هیچ مانعی ندارد که برای اجبار به تعهد غیر مالی نیز از وسایل اجبار مادی

←ر انتخاب محل سکنای خانواده، رسالهٔ دکتری در دانشکدهٔ حقوق دانشگاه لوزان سوئیس، ۱۹۷۳.

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۱۱۰.

۲. ابری و رو، چاپ هفتم، ج۷ بوسیله اسمن، ش ۹۹.

۳. کولن و کاپیتان، دورهٔ مقدماتی، ولی ژولیو دولاموراندیر، در تجدیدنظر خود و انتشار همان دوره زیر عنوان «رسالهٔ حقوق مدنی» از این نظر عدول کرده است. (ج ۱، ش ۱۰۱۴)

استفاده کرد و بدین وسیله خسارات ناشی از نقض عهد را نیز جبران ساخت.[1]

۳. شوهری که از پذیرفتن زن در خانهٔ خود امتناع می‌ورزد، ملزم است که مسکن دیگری برای او تهیه کند. از سوی دیگر، زنی که از ایفای این وظیفه خودداری می‌کند حقی بر نفقه ندارد: یعنی شوهر می‌تواند، در برابر تخلف او، از دادن هزینه‌های زندگی زن امتناع کند(مادهٔ ۱۱۰۸ ق.م.).

٤. زن حق دارد از مردی که کانون خانواده را رها کرده و حاضر به سکونت مشترک با زن نیست، به‌عنوان «سوء معاشرت» و ترک زندگی خانوادگی و ایجاد «عسر و حرج» درخواست طلاق کند (مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.). و شوهر زنی که از سکونت با او امتناع دارد با رجوع به دادگاه مدنی خاص اجازهٔ طلاق بخواهد.

۵. علاوه بر تمام ضمانت اجراهای ویژهٔ این تکلیف، زن یا شوهری که به تعهد خویش در باب سکونت مشترک با همسر عمل نکرده است، بر طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی، ممکن است به جبران خسارات (مادی یا معنوی) ناشی از تقصیر خویش محکوم شود. همین قاعده در مورد سایر تکالیف، از جمله حسن معاشرت و معاضدت، نیز جاری است.

۱۳٦. امکان معاف شدن از این تکلیف:

تکلیف مربوط به سکونت مشترک و ضمانت اجراهای قانون ناظر به موردی است که یکی از همسران بدون عذر موجه از سکونت مشترک با دیگری امتناع ورزد. پس، اگر زنی، به سبب رفتار ناهنجار شوهر خود یا ابتلای او به یکی از بیماری‌های آمیزشی، ناگزیر از انتخاب مسکن جداگانه شود، این رفتار او حق نفقه گرفتن را از بین نمی‌برد، و دادگاه نیز نمی‌تواند چنین زنی را وادار به سکونت در خانهٔ شوهر کند (مادهٔ ۱۱۱۵ ق.م.).

همچنین، اگر شوهری به خاطر رفتار ناشایسته و غیر قابل تحمل زن از پذیرفتن او امتناع کند، نه تکلیفی در تهیه مسکن دیگر دارد، و نه می‌توان او را به عنوان «سوء

۱. پلنیول و ریپر، ج۲، به وسیلهٔ رواست، ش ۳۷۱ – ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۱۲۰ – مازو، ج ۱، بخش دوم خانواده، ش ۱۰۷۸ – کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۰۱۴ – الکس ویل، ج ۱، ش ۳۱۶ – مارتی و رینو، ج ۱، ش ۵۱۰، چاپ دوم، اشخاص، ش ۱۹۶.

معاشرت» مجبور به طلاق کرد.

با وجود این، زنی که به دلیل «خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی» مجاز به انتخاب مسکن جداگانه شده است، در این انتخاب آزاد نیست. مسکن زن، در مرحلهٔ نخست به تراضی زوجین معین می‌شود. ولی، هرگاه در این باره اختلاف نظر باشد «محکمه با جلب نظر اقربای نزدیک طرفین منزل زن را معین خواهد نمود و، در صورتی که اقربایی نباشد خود محکمه محل مورد اطمینانی را معین خواهد کرد» (مادهٔ ۱۱۱٦ ق.م.).

این تصمیم دادگاه به صورت دستور موقت صادر می‌شود. زیرا، در این گونه امور فوری، که به حیثیت و سلامت اشخاص و خانواده ارتباط پیدا می‌کند، نمی‌توان به انتظار پایان دادرسی و صدور حکم نهایی نشست. در آغاز مادهٔ ۱۱۱٦ قانون مدنی نیز به لزوم صدور این دستور اشاره شده و در آن چنین آمده است: «**در مورد مادهٔ فوق، مادام که محاکمه بین زوجین خاتمه نیافته، محل سکنای زن به تراضی طرفین معین می‌شود و در صورت عدم تراضی، محکمه...**».

مواد ۱۱۱۵ و ۱۱۱٦، دربارهٔ شوهری که عذر موجه در نپذیرفتن زن در اقامتگاه خود دارد، حکمی نکرده است. سکوت قانون گذار در زمانی که قانون مدنی تصویب می‌شد موجه به نظر می‌رسید، زیرا، شوهر می‌توانست، هرگاه می‌خواهد، زن خود را طلاق گوید (مادهٔ ۱۱۳۳).

ولی در حقوق کنونی، که شوهر چنین اختیاری ندارد و باید برای طلاق به دادگاه رجوع کند، مشکل سکونت مشترک با زن دربارهٔ او نیز وجود دارد. برابری زن و شوهر ایجاب می‌کند که مرد نیز بتواند از امتیاز مقرر در موارد یاد شده استفاده کند و اختصاص دادن آنها به زن در وضع کنونی منطقی نیست. زیرا، در حالی که زن می‌تواند در صورت وجود مظنهٔ ضرر مالی یا جانی مسکن جداگانه اختیار کند، چه گونه ممکن است، شوهر را ناگزیر ساخت که در هر حال با زن در یک محل سکونت کند؟

بنابراین، شوهر نیز حق دارد، در حدود آن مواد از دادگاه بخواهد که دستور موقتی دربارهٔ جدا کردن محل سکنای زن صادر کند.

پذیرفتن این تفسیر، نه تنها با روح قوانین سازگار است، از نظر اجتماعی نیز از

بسیاری برخوردهای نامطلوب جلوگیری می‌کند.[۱]

نکتهٔ دیگری که باید بر این بحث افزود این است که «بیم ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی» تنها عذر موجهی نیست که زن را از سکونت با شوهر معاف می‌کند. گفته شد که تهیهٔ مسکن یکی از ارکان تشکیل‌دهندهٔ نفقه است و نفقه نیز باید متناسب با شؤون زن و امکان مالی شوهر داده شود (ش ۱۱۷). پس، اگر محلی را که شوهر برای مسکن مشترک خود و همسرش انتخاب کرده است با شؤون زن مخالف باشد یا عرف آن را برای اقامت زن و شوهر مناسب نداند، نمی‌توان زن را به دلیل نرفتن به چنین خانه‌ای ملامت کرد یا او را به حکم دادگاه ناگزیر به سکونت در آن ساخت.

برای مثال، اگر مردی (هرچند با اجازهٔ دادگاه و موافقت همسر) دو زن داشته باشد، نمی‌تواند مسکن مشترکی برای آن دو معین کند[۲] یا اگر با نزدیکان خویش زندگی می‌کند دست کم اتاقی را به زن اختصاص ندهد.[۳] همچنین، حق ندارد زن را برای سکونت در خانه‌ای دعوت کند که در آن با زن دیگری رابطهٔ نامشروع دارد.[۴]

در این گونه مثال‌ها، نمی‌توان ادعا کرد که کانون متناسبی برای خانواده به وجود آمده است و رویهٔ قضایی می‌تواند، با استفاده از عرف و عادت مسلم و توسعهٔ مفهوم «ضرر شرافتی» و اقتضای تهیهٔ مسکن خانوادگی، نرفتن زن را به چنین خانه‌هایی موجه بداند و ضمانت اجراهای ناظر به الزام به «سکونت مشترک» را در چنین حالتی قابل اجرا نشناسد. به بیان دیگر، در هر مورد که شوهر از حقی که قانونگذار در باب تعیین محل سکنی به او داده است سوء استفاده کند، اختیار او قطع و به زن اجازه داده می‌شود

---

۱. در حقوق فرانسه، در دعوای طلاق و همچنین ابطال نکاح، جدایی جسمی بین زن و شوهر به موجب دستور دادگاه مقرر می‌شود (ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۱۱۲).

۲و۳. در این باره از محقق قمی سؤال می‌شود که آیا زنی را که از سکونت با هووی خود امتناع دارد می‌توان ناشزه نامید و او در پاسخ می‌نویسد: «سکنایی که بر زوج واجب است از برای زوجه باید در خور زی و حال و تعارف زوجه باشد و زوجه را می‌رسد که مطالبهٔ سکنای علی حده کند که به غیر زوج کسی در نزد او نیاید، خواه هووی او باشد و خواه اقارب زوج و خواه غیر آنها و زوج نمی‌تواند او را الزام کند با هووی خود در یک خانه به سر ببرد خصوصاً با بیم هلاک...» (جامع الشتات، ص ۴۷۸) – در همین مورد، رک. پلنیول و ریپر، ج ۲، به وسیلهٔ رواست، ش ۳۶۵.

۴. ابری و رو، ج ۷، چاپ هفتم به وسیلهٔ اسمن (۱۹۶۲)، ش ۹۸.

که مسکن جداگانه انتخاب کند.[1]

همین حکم نیز در موردی جاری است که، به موجب قرارداد خصوصی حق تعیین سکنی به زن داده شده است و او از حق خویش در این مورد سوء استفاده می‌کند.

۱۳۷. حسن معاشرت:

برای تأمین دوام خانواده، سکونت مشترک زن و شوهر کافی نیست. آنان ضمن نکاح داوطلب شده‌اند که با هم به سر برند و درغم و شادی شریک هم باشند. همسری زن و مرد بدین معنی است که سلوکشان با هم با خوشرویی و مسالمت و مهربانی آمیخته باشد. این دو باید از اعمالی که سبب ایجاد نفرت و کینه یا غم و اندوه فراوان در دیگری است بپرهیزند. همهٔ این تکالیف را مادهٔ ۱۱۰۳ قانون مدنی بدین گونه بیان می‌کند که «***زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند***».

لوازم حسن معاشرت را به دقت نمی‌توان معین کرد، زیرا عادات و رسوم اجتماعی و درجهٔ تمدن و اخلاق مذهبی در میان هر قوم مفهوم خاصی از «حسن معاشرت» به وجود می‌آورد. ولی، به اجمال می‌توان گفت، تمام اموری که از نظر اجتماعی توهین محسوب می‌شود (مانند ناسزاگویی، ایراد ضرب، مشاجره، تحقیر) یا اموری که با عشق به کانون خانواده و اقتضای محبت بین دو همسر منافات دارد (مانند ترک خانواده، بی اعتنایی به همسر و خواسته‌های او، اعتیادهای مضر) از مصداقهای «سوء معاشرت» در خانواده است.

هرچند که تکلیف مربوط به حسن معاشرت بیشتر چهرهٔ اخلاقی دارد، از نظر حقوقی نیز بی‌ضمانت اجرا نمانده است. زیرا سوء معاشرت زن استحقاق او را در گرفتن نفقه از بین می‌برد (مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی)، و هرگاه سوء معاشرت همسری چنان باشد که زندگی را برای زن غیرقابل تحمل سازد، او به این استناد حق دارد از دادگاه درخواست طلاق کند.

---

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۱۱۳ . این موارد را «ریپر» عدم امکان اخلاقی نامیده است (همان کتاب، ش ۲۱۱۶) - همچنین، کاربونیه، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۷۰۱ ، ص ۳۴۸.

۱۳۸. معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزند:

به موجب مادهٔ ۱۱۰۴ قانون مدنی: «***زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند***». زن و مرد باید، برای ادارهٔ خانواده یکدیگر را یاری کنند و به هنگام بیماری و درماندگی از مواظبت و پرستاری همسر خود دریغ نورزند.

تعیین حدود این وظیفه نیز با عرف است. حقوق از همسران انتظار فداکاری ندارد. برای مثال، در مورد دیوانگی یا ابتلا به بیماری ساری، همسر بیمار مکلف نیست با پرستاری کردن از او خود را به خطر بیندازد. ولی، دست کم از آنان می‌خواهد که مانند دو شریک و همدل یاور هم باشند و هنگام بیماری اقداماتی را که به حکم عرف برای درمان بیمار ضرورت دارد (مانند دعوت پزشک و بردن بیمار به بیمارستان) انجام دهند.

نتیجهٔ مهمی که از نظر حقوقی بر این تکلیف زن و شوهر بار می‌شود این است که هیچ یک از آنان حق ندارد از بابت خدماتی که در خانواده انجام می‌دهد و کمکهایی که به همسر خود می‌کند دستمزد بخواهد.[1]

امتناع زن از یاری کردن شوهر از موارد نشوز است و استحقاق او را در گرفتن نفقه از بین می‌برد و بی‌مبالاتی شوهر نیز در این زمینه ممکن است، به عنوان سوء معاشرت و ایجاد عسر و حرج، مستند درخواست طلاق از طرف زن بشود. به همین جهت، باید اعتراف کرد که وظیفهٔ مربوط به معاضدت زوجین با تکالیف ناظر به حسن معاشرت و سکونت مشترک همبستگی و ارتباط فراوان دارد.[2]

۱۳۹. وفاداری:

در قانون مدنی هیچ اشاره‌ای به تکلیف وفاداری زن و شوهر نشده است. ولی، باید توجه داشت که سکوت قانونگذار به خاطر بدیهی بودن این تکلیف است. در فرهنگ

---

۱. ابری و رو، حقوق مدنی فرانسه، چاپ هفتم، به وسیلهٔ اسمن، ش ۹۶.

۲. در دعوای مربوط به ترکهٔ Barent ، در ۳۱ ژانویهٔ ۱۳۸۶ ، دادگاه پژوهش امریکا اظهارنظر می‌کند که، هرچند زن و شوهر می‌توانند به موجب قرارداد صریحی نزد یکدیگر استخدام شوند، ولی زن (درخواست‌کنندهٔ پژوهش) نمی‌تواند از بابت خدماتی که به شوهر خود کرده است دستمزد بگیرد، زیرا پاداش چنین خدماتی تأمین زندگی مشترک آسوده‌تر برای زوجین است (کسلر و گیلمور، قراردادها، ص ۱۲۵).

ما رابطهٔ آزاد بین زن و مرد در هر حال ممنوع و ناپسند است، به ویژه گناه کسی که همسر دارد و به خانواده‌ای پایبند است، از نظر اخلاق مذهبی زشتی خاص دارد؛ چندان که قانون مجازات نیز شدیدترین کیفرها را برای رابطهٔ نامشروع زن یا مردی که همسر دارد مقرر داشته است.

لطمه‌ای که در اثر رابطهٔ نامشروع زن و شوهر با دیگری براساس خانواده وارد می‌شود، از نظر حقوقی نیز بی‌مکافات نمانده است. پس، نباید تکلیف وفاداری همسر را تنها تکلیف اخلاقی پنداشت، زیرا حقوق نیز رابطهٔ جنسی کسی را که ازدواج کرده است با دیگران ممنوع ساخته است.

در حقوق فرانسه، پیش از ۱۹۷۵ ، زن و مرد از این حیث با هم برابر نبودند. زنی که به شوهر خود خیانت می‌کرد در همه حال مجرم بود و به زندان محکوم می‌شد، ولی مجازات مرد هیچ‌گاه از غرامت تجاوز نمی‌کرد و مخصوص موردی بود که مرد با زنی رابطهٔ مستمر در اقامتگاه زوجین برقرار کند: یعنی زنی را به عنون همخوابه در منزل خویش نگهدارد[1] ولی، از ۱۹۷۵ به بعد در حقوق فرانسه، خیانت به همسر وصف کیفری ندارد و ضمانت اجرای آن تنها مدنی است و حتی بعضی در وجود و لزوم آن تردید دارند.[2]

در حقوق ایران، از این حیث تفاوتی بین زن و مرد نیست: در قانون مجازات اسلامی، کیفر زن شوهردار (محصنه) که با مرد دیگری رابطهٔ نامشروع دارد، یا مرد زن‌داری (محصن) که با زن دیگر رابطهٔ نامشروع برقرار کرده است، ممکن است تا اعدام نیز، در صورت وجود شرایط خاص، معین شود و همین امر اهمیت تکلیف مربوط به وفاداری و ارتباط آن با نظم عمومی را به خوبی نشان می‌دهد.

باید دانست که، چون علنی شدن این‌گونه جرایم با عفت عمومی مخالف است، در حقوق پاره‌ای از کشورها آنها را از جرایم خصوصی به شمار آورده‌اند: بدین معنی که شروع به تعقیب منوط به شکایت همسر مجرم است و با گذشت او نیز موقوف می‌شود، و دادسرا به طور مستقیم نمی‌تواند آن را تعقیب کند. ولی، باید دانست که

---

۱. ابری و رو همان کتاب، ش ۹۵ - ریپر و بولانژه، ج۱ ، ش ۲۱۲۵ - پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۲۳۳۴ الکس ویل، حقوق مدنی، اشخاص و خانواده و محجورین، ش ۳۱۰ - کاربونیه، ج ۱ ، ش ۱۰۸ .

۲. مالوری و فولشیرون، خانواده، ش ۱۴۷۴ .

جامعه نیز در جلوگیری از چنین جرایمی نفع مستقیم دارد و نبایستی از دست رفتن خانواده را در شمار حقوق خصوصی زن یا شوهر قرار دهد: فرزندان خانواده نیز به اندازهٔ پدر و مادرشان، و شاید بیش از آنها، از این بی‌عفتی و پیمان شکنی صدمه می‌بینند.

اگر حقوق به طور کامل نمی‌تواند زن و شوهر را به اجرای تکالیف خود وادار کند، دست کم باید از حرمت خانواده حمایت کند.

در حقوق کنونی ما، برخلاف قانون مجازات عمومی سابق، رابطهٔ نامشروع زن و شوهر با دیگران از جرائم عمومی است.

تکلیف مربوط به وفاداری از نظر حقوقی نیز بدون ضمانت اجرا باقی نمانده است. زیرا، نه تنها به عنوان سوء رفتار یا ارتکاب جرمی که با حیثیت خانوادگی تعارض دارد مستند درخواست طلاق قرار می‌گیرد، همسری که از این بابت زیان می‌بیند می‌تواند جبران خسارت مادی و معنوی خود را از طرف خطاکار بخواهد.

مبنای این مسئولیت تجاوز از حکم قانون است نه تخلف از قراردادی که طرفین در نتیجهٔ نکاح منعقد کرده‌اند. زیرا، چنان که اشاره شد، نکاح تنها قرارداد خصوصی نیست و آثار آن به حکم قانون بر طرفین تحمیل می‌شود. به همین جهت مسؤولیت همسر خطاکار را باید در زمره مسؤولیت‌های قهری آورد. [1]

نکتهٔ دیگری که باید بر این مطالب افزود این است که، رابطهٔ نامشروع شوهر با زنان دیگر، هر گاه به صورت عادت او درآید، می‌تواند به عنوان «سوء معاشرت» مستند درخواست طلاق قرار گیرد. همچنین، محکوم شدن قطعی شوهر به جرم داشتن رابطهٔ نامشروع با دیگران، که به طور معمول با حیثیت و شؤون خانوادگی طرف دیگر مخالف است، زندگی مشترک را دشوار می‌کند و به همسر او حق می‌دهد که از دادگاه طلاق بخواهد.

همچنین، باید دانست که داشتن روابط عاشقانه با بیگانه نقض تکلیف مربوط به وفاداری است، هرچند که این رابطه به مرحلهٔ زنا نرسد و مشمول قوانین کیفری نشود. [2]

---

۱. پلنیول و ریپر و رواست، همان کتاب، ش ۳۴۶.

۲. مالوری و فولشیرون، خانواده، ش ۱۴۷۳.

گفتار دوم: اختیارات ناشی از ادارهٔ خانواده

الف : ادارهٔ خانواده

۱۴۰. آیا ریاست شوهر بر خانواده ضروری است؟

ایجاد نظم در هر جمعیت منوط بر این است که مقامی بر آن حکومت کند. خانواده نیز از این قاعده مستثنی نیست و دوام آن، جز با تعیین مدیر و مسئول ویژه، امکان ندارد. از نظر احترام به حقوق فردی، برابری زن و مرد عادلانه‌تر به نظر می‌رسد، و به همین دلیل ممکن است ادعا شود که خانواده نیز باید به طور مشترک اداره شود و نظام آن برمبنای توافق زن و شوهر قرار گیرد. ولی، زندگی اجتماعی در هر گروه نیازمندی‌های خاص دارد که برای رفع آنها ناچار بایستی آزادیهای فردی را محدود کرد؛ چنان که همین ضرورت باعث شده است که، با تشکیل دولت، افراد از آزادی مطلق خویش بگذرند و آن را محدود سازند.

در کشورهایی که مایل نیستند هیچ گونه اقتداری در برابر نیروی دولت وجود داشته باشد، خواه و ناخواه به دوام و نظم در خانواده نیز کمتر اهمیت می‌دهند. قانون برابری کامل زن و مرد را اعلام می‌کند؛ جدایی آنان را ساده می‌گیرد و خانواده را از صورت گروهی متشکل و قوی به رابطهٔ قراردادی، شبیه سایر معاملات، مبدل می‌سازد.

ولی، در دولتهایی که خانواده اساس اجتماع و مایهٔ اصلی آن است، قانونگذاران کوشیده‌اند، تا با ایجاد موانعی برای طلاق و تعیین مقامی برای رفع اختلاف، سلامت و دوام آن را حفظ کنند؛ چنان که در قوانین مدنی سوییس و ایتالیا و بسیاری از کشورهای دیگر، خانواده به صورت گروهی منظم به ریاست مرد اداره می‌شود و انحلال آن کم و بیش موانعی دارد.

اگر بنا شود که ارادهٔ زن و شوهر در تنظیم امور خانواده ارزش برابر داشته باشد، معلوم نیست اختلاف سلیقه‌ها را در کجا باید حل کرد؟ برای مثال، آیا به مصلحت خانواده و اجتماع است که اختلاف زن و شوهر در باب تعیین محل سکونت خود یا طرز تربیت فرزندانشان در دادگاه حل شود؟ آیا می‌توان تربیت و نگاهداری فرزندان خانواده را بدون تعیین مسؤول تأمین کرد و برای گرفتن هر تصمیم منتظر رأی نهایی

دادگاه شد؟

پرسشی که باقی مانده این است که چرا در این گروه ریاست همیشه با شوهر است و زن حقی در این باب ندارد؟

پاسخ شایع این است که مرد، چه از نظر قوای جسمانی و چه از نظر احاطه بر امور اجتماعی، نوعاً صلاحیت بیشتری برای عهده‌دار شدن این مسئولیت دارد. هرچند که در پاره‌ای خانواده‌ها شایستگی زن به مراتب بیش از شوهر است، حکم قانون ناظر به عموم و متکی بر غالب است. به هرحال، مادهٔ ۱۱۰۵ قانون مدنی می‌گوید: «**در روابط زوجین ریاست خانواده از خصائص مرد است**» و به موجب مادهٔ ۱۱۰۴، زن معاون و یاور او در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد است.

با وجود این، باید اعتراف کرد که ریاست واقعی مرد بر خانواده تنها به وسیلهٔ قانون تأمین نمی‌شود و وابسته به شخصیت و موقعیت اقتصادی زن و شوهر است. در خانواده‌ای که نان‌آور شوهر است و اقتصاد خانواده را او به دست دارد به اجبار نفوذ معنوی و حیثیت خاص می‌یابد و اراده‌اش بر دیگران تحمیل می‌شود. برعکس، در کانونی که زن و مرد در تأمین معاش آن سهم برابر دارند، از این نفوذ کاسته می‌شود.

گذشته از عامل اقتصادی، بسیاری از عوامل روانی و اخلاقی دیگر در این زمینه مؤثر است: در خانواده‌های مذهبی، سلطهٔ شوهر به آسانی تحمل می‌شود؛ با سواد به حکم طبیعت بی‌سواد را زیر نفوذ خود می‌گیرد؛ همسری که به خانواده وفادار نیست ناچار به حکومت دیگری تن درمی‌دهد؛ تجربه‌های اجتماعی به کلام شخص نفوذی می‌بخشد که بی‌تجربه ناچار در برابر آن تسلیم می‌شود؛ زن، در بسیاری از جوامع به دنبال تکیه‌گاه و حامی است و به کسی نیاز دارد که او را در گیرودار زندگی رهبری کند؛ نیروی بدنی و سلامت جسم و روح نیز در نفوذ و اعتبار اشخاص در برابر هم اثر فراوان دارد... و از این قبیل.

در هر حزب و گروه نیز، پس از چندی، آن که عوامل مساعدتری در اختیار دارد مورد احترام دیگران قرار می‌گیرد. بنابراین، بحث در این باره که آیا در قانون باید برابری زن و مرد را اعلام کرد یا زمام خانواده را به دست شوهر سپرد، آن اندازه که پاره‌ای از نویسندگان گمان می‌کنند اهمیت ندارد. خانواده خود به خود بی‌رئیس نمی‌ماند و نفوذ این رئیس نیز وابسته به عوامل گوناگونی است که قانون را باید یکی از ضعیف‌ترین آنها دانست؛ چنان که در بسیاری خانواده‌ها، با وجود مادهٔ ۱۱۰۵ ق.م.

ریاست عملی خانواده با زن است.

رئیس خانواده، هر که باشد، از مرزی که عادات و سنن و عوامل حاکم بر خانواده تعیین می‌کند، نمی‌تواند پا را فراتر نهد، هرچند که قانون نیز به او اجازه داده باشد. تجاوز از این حد آغاز اختلاف و گفتگو و سستی خانواده است؛ امری که حقوق باید از آن پرهیز کند. بنابراین، آنان که در پی اصلاح قانون مدنی و اعلام برابری زن و مرد هستند، باید پیش از هر چیز صمیمانه از خود بپرسند که آیا این حکم با واقعیتی که بر خانواده‌های ایرانی حکومت دارد موافق است یا باعث می‌شود که بین قانون و واقعیت تضادی ناگوار به وجود آید؛ تضادی که قربانی مستقیم آن اساس خانواده و فرزندان آن است؟

۱۴۱. مفهوم ریاست خانواده:

مفهوم ریاست مرد بر خانواده برحسب عادات و رسوم هر اجتماع تفاوت می‌کند. در سده‌های پیشین تصور می‌کردند که مرد رهبر بی‌چون و چرای خانواده و حامی اشخاص ناتوانی است که به نام زن و فرزند با او به سر می‌برند.[۱] روح و جسم زن از آن اوست و باید آسایش و رضای خاطر شوهر را فراهم کند. وظیفهٔ زن اطاعت محض از شوهر است و مرد هرگونه که بخواهد می‌تواند از حق ریاست خود استفاده کند.

ولی امروز، ریاست مرد به انجام دادن یک وظیفهٔ اجتماعی شبیه‌تر است تا به اجرای حق شخصی. هدف قانونگذار برتری دادن شوهر بر زن و ارضای خواست‌های او نیست. مرد رئیس خانواده است، زیرا بهتر می‌تواند مسئولیت ادارهٔ آن را به عهده بگیرد، و زن معاون و همکار اوست نه فرمانبر مطلق. کانون خانوادگی نیز مانند هر اجتماع دیگر نیاز به رهبر و فرماندهٔ دلسوز دارد. این رهبری به عهدهٔ مرد گذارده شده و او باید، به منظور حفظ مصالح خانواده، اختیار خویش را اعمال کند. از این تعبیر، دو نتیجهٔ اساسی گرفته می‌شود:

۱. چون هدف از ریاست مرد حفظ سلامت و استحکام خانواده است، اگر مرد اختیار خود را به منظور دیگری به کار برد و از این مصلحت غافل بماند، از موقعیت

---

۱. مقدس اردبیلی (زبدةالبیان) در تفسیر آیهٔ «الرجال قوامون علی النساء» رهبری شوهر را به حکومت والیان بر رعیت‌های خود مانند می‌کند. (ص ۵۳۶).

خود سوءاستفاده کرده است و باید منع شود. بنابراین، در هر مورد که شوهر بر خلاف مصالح خانواده و به قصد انتقام‌جویی و لجبازی اقدامی کند، زن می‌تواند با رجوع به دادگاه مانع کار او گردد.[1] چنان که مادهٔ ۱۸ قانون حمایت خانواده، در مورد مشاغلی که زن می‌تواند عهده‌دار شود، به صراحت دخالت دادگاه را تجویز کرده است، و دیدیم که قانون مدنی نیز به دادگاه اجازه می‌دهد تا در تعیین محل سکونت مشترک نقش حاکم را داشته باشد.[2]

۲. ریاست خانواده حق مرد نیست تا بتواند به اختیار از آن بگذرد. خانواده «سازمان حقوقی» است که در آن روابط زن و شوهر به طور امری معین شده و اشخاص نمی‌توانند به وسیلهٔ قراردادهای خصوصی، نظمی را که قانون گذار برای ادارهٔ درست آن ضروری دیده بر هم زنند. قواعد ناظر به ریاست مرد از قواعد مربوط به نظم عمومی است و جز در مواردی که قانون اجازه داده است نمی‌توان به آنها تجاوز کرد.

بدین ترتیب، باید پذیرفت که واژهٔ «ریاست» که یادگار دوران فرماندهی شوهر بر خانواده است، با مفهوم کنونی آن متناسب نیست و باید جای خود را به واژهٔ «اداره» بدهد.

ب : نتایج ادارهٔ خانواده

۱. تمکین

۱۴۲. مفهوم تمکین:

مفهوم تمکین نیز، مانند ریاست شوهر، وابسته به عادات و رسوم اجتماعی و اخلاقی عمومی است.

تمکین در عرف حقوقی ما دو معنی عام و خاص دارد: تمکین عام به معنی قبول ریاست شوهر بر خانواده و محترم شمردن ارادهٔ او در تربیت فرزندان و ادارهٔ مالی و

---

۱. اصل ۴۰ قانون اساسی: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» پس، اگر ریاست بر خانواده حق خصوصی مرد نیز باشد، بر مبنای این اصل بایستی آن را وسیلهٔ اضرار به زن وصدمه زدن به بنیان خانواده قرار ندهد.

۲. امکان شکایت زن از سوءاستفادهٔ شوهر در حقوق فرانسه، نتیجهٔ مباحثه‌های طولانی حقوقدانان در کمیسیون خاص وزارت دادگستری و سنا در ۱۹۳۳ است. برای دیدن تفصیل مذاکره‌ها، رک: دکتر حسنعلی درودیان، همان رساله، ش ۴۶۹ به بعد.

اخلاقی خانواده است. ولی، تمکین خاص ناظر به رابطهٔ جنسی زن و شوهر و پاسخ دادن به خواسته‌های مشروع او است:

۱. **تمکین عام**: در تمکین عام، معیار تمیز اموری که شوهر می‌تواند از زن انتظار داشته باشد با عرف است: داوری باید نوعی باشد و شوهر سختگیر و باریک بین حق ندارد انتظاری بیش از اندازهٔ متعارف از زن داشته باشد. ولی، در این راه بایستی درجهٔ تمدن و تحصیلات و سن و سایر خصوصیت‌های زن و شوهر را نیز در نظر گرفت. به بیان دیگر، ضابطهٔ تمکین، رفتار انسانی متعارف و معقول است که در آن شرایط خاص زندگی می‌کند و، از این لحاظ، هر دو جنبهٔ نوعی و شخصی را دارد.

برای مثال، مفهوم تمکین دربارهٔ روستایی بی‌آلایشی که با شوهر خود در مزرعه کار می‌کند با زنی که عهده دار مسؤولیت مهم اداری است و شوهر نیز به سیاست یا طبابت اشتغال دارد یکسان نیست. معنای همبستگی و خوشرویی و احترام متقابل و اطاعت در این دو رابطه تفاوت فراوان دارد. رعایت این تفاوت تبعیض در اجرای قانون نیست، لازمهٔ احترام به عرف است که در این گونه امور از منابع حقوق به شمار می‌آید.

۲. **تمکین خاص**: در مورد تمکین خاص نیز، عرف و اخلاق داوری نهایی را به عهده دارد. لزوم تمکین به این معنی نیست که احساس زن به حساب نیاید. دادرسی دربارهٔ روابط عاطفی و انسانی دقیق‌تر از آن است که در قاعده و اصل بگنجد. زن در روابط زناشویی ماشین بهره‌برداری نیست؛ انسان است و باید با او چنان رفتار شود که شخصیت انسان اقتضا دارد. بنابراین، در این داوری نیز معیار تمیز تمکین، به معنایی که حقوق و اخلاق مقرر داشته است، جنبهٔ نوعی و شخصی را با هم دارد و دادگاه باید به همهٔ عوامل انسانی و عرفی توجه کند.

وانگهی، پاسخ دادن به تمایل جنسی همسر، تنها تکلیف زن نیست ؛ شوهر نیز چنین تکلیفی را به عهده دارد. بی اعتنایی شوهر، اگر همراه با دلیل معقولی نباشد، ممکن است از موجبات طلاق قرار گیرد.

قانون مدنی نیز به طور ضمنی رعایت این عوامل را در مورد نفقه لازم شمرده است، زیرا وقتی نشوز را منوط به نداشتن مانع مشروع می‌کند، بدین معنی است که دادرس باید در این راه به آنچه، در نظر قانون یا عرف و اخلاق، مانع مشروع به شمار می‌آید

توجه کند.[1] مبنای این حکم در دعوای طلاق نیز وجود دارد و دادرس نمی‌تواند تکلیف تمکین را بدون قیود و شروط آن در نظر بگیرد.

۱۴۳. تمکین عام و ضمانت اجرای آن:

از ریاست مرد بر خانواده قدر مسلم چنین برمی‌آید که در اختلاف سلیقه‌ها زن باید نظر شوهر را بپذیرد و نمی‌تواند از این باب به دادگاه رجوع کند. مرد باید از اختیار خود سوء استفاده نکند و صلاح خانواده را در نظر بگیرد و با زن نیز مشورت کند. ولی، در حدود این مصالح و تا جایی که نتوان گفت مرد اختیار خویش را نابجا به کار برده است، زن وظیفه دارد که ارادهٔ شوهر را محترم شمرد.

برای مثال، اگر در طرز تربیت فرزند یا خریدن لوازم منزل و محل آن یا ادارهٔ دارایی خانواده یا طرز لباس پوشیدن اختلاف نظری به میان آید، زن نباید در برابر شوهر ایستادگی کند.

شوهر می‌تواند، برای حفظ مصالح خانواده، معاشرت‌های زن و رفت وآمدهای او را بازرسی کند و او را از رفتاری که سلامت خانواده را تهدید می‌کند باز دارد. ولی حق ندارد، به دلخواه خود و بدون این که دلیل موجهی داشته باشد، زن را از معاشرت با خویشان نزدیک خود یا اجرای فرایض مذهبی یا تکالیف اجتماعی باز دارد. زیرا، همان گونه که گفته شد، ریاست مرد باید به منظور حفظ مصالح خانواده اعمال شود نه تأمین حکومت خودسرانهٔ او بر زن.

این تکلیف زن، چنان که بارها اشاره شد، ضمانت اجرای مؤثر ندارد و به حسن نیت و اخلاق همسران بستگی پیدا می‌کند. زنی که از شوهر خود اطاعت نکند، مستحق نفقه نیست و نیز مرد می‌تواند او را با اجازهٔ دادگاه طلاق دهد، ولی به حکم دادگاه و نیروی انتظامی نمی‌توان زنی را به خوشرویی و اطاعت از مرد وادار کرد و به همین جهت نیز باید پذیرفت که اقتدار ناشی از ریاست مرد تنها در خانواده‌ای وجود دارد که حسن نیت و صمیمیت بر آن حکومت کند نه قانون.

سالیان دراز است که دادگاه‌ها حکم الزام به تمکین را صادر می‌کنند، ولی نمی‌توانند

---

۱. یکی از موانع مشروع قوه قاهره است و به همین جهت باید گفت نشوز باید ارادی باشد تا بتواند منشأ آثار حقوقی شود.

آن را مانند سایر احکام به موقع اجرا گذارند. زیرا چگونه ممکن است زنی را به زور اجرائیه و پاسبان و ژاندارم به اطاعت از شوهر یا همبستر شدن با او مجبور کرد؟ متهورانه‌ترین کاری که مامور اجرا می‌تواند انجام دهد این است که زن را به زور به خانهٔ شوهر بازگرداند.[1] ولی، آیا ممکن است زنی را به این شیوه در خانهٔ شوهر زندانی کرد؟ و اگر زن دوباره از خانهٔ شوهر برود، دوباره برای بازگرداندن او به دادگاه رفت؟

پس، ناچار دعوای تمکین بی‌نتیجه می‌ماند و تنها اثر حقوقی مهم آن محروم ساختن زن از گرفتن نفقه است.

بدین ترتیب، باید اعتراف کرد که چهرهٔ اخلاقی این تکلیف بیش از وصف حقوقی آن است. خودداری از تمکین نشانهٔ سستی پیوند زناشویی و تزلزل واقعی این اتحاد است و، هرگاه ادامه یابد، جز طلاق درمان مؤثری برای آن وجود ندارد.[2]

در دعوای نشوز شوهر مدعی است، زیرا آنچه را مورد استناد قرار می‌دهد خلاف ظاهر است. مبنای ظهوری که در دعوای نشوز به آن اشاره می‌شود مفهوم خاص دارد. در سایر دعاوی، ظاهر این نیست که مدیون به عهد خود وفا می‌کند. اصل عدم وفای به عهد است و مدیون باید آن را اثبات کند، زیرا این اقدام به زیان اوست. ولی، در روابط زن و شوهر، انجام دادن تکالیف ناشی از عقد آرمان مطلوب هر انسان متعارف است. این ظهور و غلبه امارهٔ حقوقی است که بر «اصل عدم» حکومت دارد. قانون به آن حکم نکرده است، ولی چنان طبیعی و پاگرفته است که دادرس برای نادیده گرفتن آن نیاز به استدلال و استناد به امارهٔ قضایی مخالف دارد و نمی‌تواند از زن دلیل تمکین بخواهد.

در این رابطه، دادوستد و سودجویی مطرح نیست و آنچه مدیون به عهده می‌گیرد همکاری و همبستگی و اتحاد است؛ امری که خود خواستار آن است. پس، می‌توان گفت امتناع از اجرای چنین تکالیفی برخلاف متعارف و ظاهر است و باید اثبات شود و به اتکای اصل عدم تمکین نباید شوهر را از اقامهٔ دلیل معاف کرد. از این قاعده، در سایر دعاوی زناشویی نیز باید استفاده کرد و در هر جا که همسری به سوء رفتار یا

---

۱. پیش از این دادگاه‌های فرانسه نیز، در زمانی که شوهر ریاست خانواده را داشت، چنین احکامی صادر می‌کردند .ولی بالغو اقتدار شوهر امروز منسوخ شده است . وانگهی، همه آن را بیهوده و گاه منافی با آزادی یافتند: در این باره رک . ابری ورو، ج۷ به وسیلهٔ اسمن، چاپ هفتم، ش ۱۰۱ – کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۰۱۴ – مارتی و رینو، ج ۱، ش ۵۱۰.

۲. در مورد خودداری از سکونت مشترک با مرد احتمال دارد از اجبار مالی نیز استفاده شود (ش ۱۳۵) .

ترک زندگی خانوادگی و مانند اینها استناد می‌کند او را مدعی شمرد.[1]

۱٤٤. حقوق تطبیقی :

در زمان تدوین قانون مدنی در فرانسه نیز همین قاعده حکومت داشت و مادهٔ ۲۱۳ ق.م.، که می‌گویند در اثر فشار ناپلئون تصویب شده بود، مقرر می‌داشت: «شوهر باید از زن خود حمایت و زن از شوهر اطاعت کند». بنابراین، روشنفکران و تجددگرایان آن روز ایران هیچ تردیدی در اعلام ریاست شوهر بر خانواده نداشتند. به ویژه که در فقه نیز قیادت شوهر از اصول پذیرفته شده بوده و استقلال مالی زن نیز گامی جلوتر از حقوق فرانسه در راه احترام به شخصیت زن و برابری او با شوهر می‌نمود.

ولی، در سال ۱۹۳۸ اقتدار شوهری در فرانسه الغا شد و در قوانین ۱۹٤۲ و ۱۹٦٥ جای خود را به ریاست شوهر بر خانواده داد. در اصلاح سال ۱۹۷۰ نیز ریاست شوهر بر خانواده از بین رفت و برابری زن و شوهر در ادارهٔ خانواده جانشین نهاد ریاست خانواده شد. این تحول مورد تأیید همهٔ خردمندان و نویسندگان نبود و گروهی بیم از آن داشتند که رجوع به دادگاه برای رفع اختلاف‌ها و ترجیح یکی از دو سلیقه، پای دولت را به خانواده‌ها می‌کشد و از این پس، به جای سخن گفتن از ریاست شوهر، باید ریاست دولت بر خانواده را پذیرفت و این دگرگونی به سلامت خانواده صدمه می‌زند.[2]

در حقوق ما، متن مادهٔ ۱۱۰۵ ق.م. هیچ تغییری نکرده است و حقوقدانان، برای تعدیل اختیار شوهر ناچارند در باره مفهوم تازهٔ ریاست خانواده سخن بگویند و رفته رفته عنوان «مدیر خانواده» را جانشین ریاست خانواده کنند. شوهر به عنوان مدیر خانواده باید از صلاحیت خود به سود منافع خانواده استفاده کند. به بیان دیگر، ریاست خانواده به تکلیف اداره بیشتر می‌ماند تا به حق ریاست.

---

۱. آنچه گفته شد دربارهٔ وقوع نخستین نزدیکی قابل اجرا نیست، زیرا عدم نزدیکی ممکن است دلایل گوناگون دیگر، و از جمله ناتوانی جنسی مرد و موانع خارجی، داشته باشد. بنابراین استناد به ظاهر باید همراه با قراین خارجی دیگر نیز باشد. دربارهٔ تعارض استصحاب و ظاهر در این دعوا، رک .قرائت و تمرین (۱-۴).

۲. رک: مازو، دروس حقوق مدنی، ج۲، ۱۹۶۸ ، ش ۱۰۶۵ - کورنو، خانواده، ص۳۷ .

۱٤٥. تمکین خاص و ضمانت اجرای آن:

یکی از دشواری‌های پنهان رابطهٔ زن و شوهر رفع اختلاف آنان در رابطهٔ جنسی است: از یک سو، زن با رضای به زناشویی خود را متعهد به داشتن رابطهٔ جنسی با شوهر خود می‌کند و مفاد التزام او این است که خواهش‌های نفسانی شوهر را رعایت کند و تنها به میل و خواست خود گام برندارد. تکلیف او به حسن معاشرت نیز این التزام را تأیید می‌کند. زیرا، لازمهٔ آن خوش‌رویی و احترام به خواست‌های او است. در نتیجه، شوهر احساس می‌کند که حق دارد با زن خود رابطهٔ زناشویی داشته باشد، مگر این که به حکم دادگاه یا در نتیجهٔ مانع مشروع یا بیماری از اجرای حق محروم شود.

از سوی دیگر، زن نیز ابزار شهوترانی شوهر نیست ؛ انسانی است برابر با شوهر که با او پیمان همسری بسته است و نمی‌توان انتظار داشت که همچون برده‌ای بی پناه اسیر خواست‌های نامتعارف و خودخواهانهٔ شوهر باشد. وانگهی، التزام به داشتن حسن معاشرت با همسر ویژهٔ زن نیست؛ شوهر نیز باید به نیکی رفتار کند، و لازمهٔ رفتار نیک این است که زن را اجبار به تمکین نسازد و عشق را با تحمیل نیامیزد.

برخورد دو سوی این معادله، که هر کدام با منطقی پذیرفتنی همراه است، حقوقدانان ما را با دو پرسش مهم روبه‌رو می‌سازد:

۱. آیا همین که زن از همبستر شدن با شوهر خودداری کند، از حق نفقه گرفتن محروم می‌شود و دادگاه می‌تواند آزادی و آسایش زندگی را از او بگیرد؟

۲. آیا شوهر حق دارد به زور از همسر خود کام جوید یا اقدام او نوعی تجاوز جنسی است؟

پاسخ پرسش نخست را می‌دانیم و محدود شدن حق شوهر به وجود «مانع مشروع» آن اختیار را تعدیل می‌کند و دادگاه می‌تواند با تعبیر مناسب و انسانی نهاد سنتی را همگام با اخلاق کنونی سازد وبیهوده زن را از کانون خانوادگی نراند و بر او عنوان تحقیرکنندهٔ ناشزه ندهد. همچنین، در هیچ حالتی اجبار مستقیم زن به همبستر شدن با شوهر یا حتی رفتن به خانهٔ شوهر روا نیست و با منزلت مقام انسان منافات دارد، هر چند که از نظر حقوقی حق با شوهر باشد.[۱]

ولی، در برابر پرسش دوم، پاسخ‌ها یکسان نیست. بی‌گمان شوهر برای کامجویی از

---

۱. رک. کورنو(Cornu)، حقوق مدنی، خانواده، ص ۴۷.

همسر خود حق توسل به زور را ندارد، خشونت و ایراد ضرب و تهدید از مصداق‌های بارز «سوءاستفاده از حق» داشتن رابطهٔ جنسی با همسر است و دادگاه می‌تواند با اقدامی مناسب (مانند استفاده از اجبار و تعیین جریمهٔ نقدی) شوهر را از خشونت باز دارد. ولی، اگر چنین اتفاقی رخ دهد و شوهر به زور با زن درآمیزد، آیا می‌توان کار او را «تجاوز جنسی» نامید و به دلیل «عنف» مجازات کرد؟

پاسخ متعارف پرسش طرح شده این است که چنین شوهری را نمی‌توان در شمار مجرمانی آورد که به دیگران «تجاوز به عنف» می‌کنند و رابطهٔ همسری و تکلیف زن به تمکین مانع از تحقق جرم «تجاوز به عنف» است: چنان که در فقه تمکین زمان و مکان خاص ندارد و زن باید همیشه در اختیار شوهر باشد.[1] و دادگاه عالی انگلیس محکومیت کلارنس را به اتهام تجاوز به عنف به همسر خود نقض و اورا به دلیل حقی که زن هنگام عقد به شوهر داده است تبرئه کرده است.[2] ولی، در بعض ایالت‌های امریکا و از جمله کالیفرنیا و نیوجرسی و اورگان، شوهر را نیز به دلیل تجاوز به عنف (Rape) محکوم ساخته‌اند[3]، و هنوز بحث در این باره ادامه دارد.[4]

۲. تعیین محل سکونت

۱۴۶. اختیار شوهر:

به موجب مادهٔ ۱۱۱۴ قانون مدنی: **«زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید، مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد».** پس، مرد باید اقامتگاه مشترک زوجین را معین کند و زن تابع ارادهٔ اوست. منتها، اختیار مرد از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست. زیرا زن و شوهر می‌توانند، هنگام عقد یا پس از آن، تعیین محل سکنی را به زن واگذارند.

این حق نیز نباید مورد سوءاستفاده قرار گیرد، و کسی که حق انتخاب با اوست

---

۱. رک . محقق، شرایع، کتاب نکاح، ص ۵۶۸ – شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۳۰۳.

۲. هوگت و پرل، حقوق خانواده و جامعه، چاپ دوم، ۱۹۸۷، ص ۳۳ و ۳۴.

۳. رک دعوای (Rideout v.Rideout) در دسامبر ۱۹۷۸ و ژانویه ۱۹۷۹، همان کتاب.

۴. مایکل فریمن (Freeman)، ضمن مقاله‌ای باعنوان:
"Doing his best to sustain the sancity of marriage" in N. Johnson (ed).
دلایل موافق و مخالف را در این زمینه خلاصه کرده است. رک. هوگت و پرل، همان کتاب، ص ۳۵ به بعد.

باید محلی را انتخاب کند که با وضع اجتماعی و جسمی همسر او و نیازهای خانواده متناسب باشد و آن را وسیلهٔ اضرار و اذیت دیگری قرار ندهد. رفع اختلاف در این مورد با دادگاه است و دادرس می‌تواند تصمیم شایسته‌ای بر خلاف نظر زن یا شوهر بگیرد.

از آنجا که انتخاب محل سکنی به طور معمول با شوهر است، قانون مدنی امکان جلوگیری از سوء استفادهٔ او را پیش‌بینی کرده و به زن اجازه داده است که برای خود مسکن جدا انتخاب کند، ولی مفاد آن، هم چنان که گفته شد، دربارهٔ شوهر نیز قابل اجرا است. به موجب مادهٔ ۱۱۱۵ : **«اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنهٔ ضرر مزبور محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقه به عهدهٔ شوهر خواهد بود.»**

۱۴۷. اقامتگاه زن در صورت جدا شدن از شوهر :

در بیشتر مواردی که به زن اختیار تعیین مسکن دیگر داده شده است، او نمی‌تواند منتظر تصمیم دادگاه بماند و ناچار است که برای دفع ضرر احتمالی خود از خانهٔ شوهر برود، ولی در انتخاب محل سکونت آزاد نیست. اگر در باب محل سکنی بین او و شوهر توافق نباشد، دادگاه باید به طور موقت در این باره تصمیم بگیرد (ش ۱۳۶).

با این که اقامتگاه زن شوهردار همان اقامتگاه شوهر است و تغییر محل سکونت همیشه سبب تعیین اقامتگاه نیست، قانون مدنی به زن اجازه داده است که در این گونه موارد اقامتگاه علی حده نیز داشته باشد (مادهٔ ۱۰۰۵ ق.م.). پس، اگر زنی از بیم خطر جانی و مالی به خانهٔ شوهر نرود و مرکز مهم امور او نیز در جای دیگر باشد، اقامتگاه قانونی او تغییر خواهد کرد. بنابراین، شوهر در دعوای تمکین باید به دادگاه محل اقامت زن رجوع کند نه دادگاه اقامتگاه خود.

۳. مخالفت با شغل زن:

۱۴۸. ترجیح مصالح خانوادگی بر آزادی انتخاب شغل:

به موجب مادهٔ ۱۱۱۷ ق.م.: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند». بنابراین، اختیار شوهر برای تأمین غرور و سروری او بر زن نیست؛ هدف قانون‌گذار حفظ مصالح خانوادگی و حیثیت دو طرف است و اختیاری که به او داده شده باید در حدود همین امور اعمال شود.

اموری با مصالح خانوادگی منافی است که سبب سستی بنیان آن یا اخلال در نگاهداری و تربیت فرزندان یا حیثیت اجتماعی زن و شوهر یا برهم زدن نظم اقتصادی خانواده باشد. برای تشخیص این گونه امور قاعدهٔ ثابتی نمی‌توان به دست داد، زیرا اخلاق عمومی و وضع خاص هر خانواده در این داوری مؤثر است. پس دادگاه باید، با توجه به اخلاق حسنه و عادات و رسوم جامعهٔ خود و ویژگی‌های فردی و اجتماعی زن و شوهر، تشخیص دهد که آیا شغل زن با مصالح خانواده و حیثیت آنان مخالف است یا نه؟

برای مثال، مصالح خانوادهٔ هنرپیشه‌ای که به خانه و فرزند پای بند نیست و همهٔ وجودش را به هنر خود بسته و با زنی از همان طبقه ازدواج کرده است، با مصالح خانواده‌ای که مردی روحانی یا دانشمند برای خود فراهم کرده و مهم‌ترین هدف زندگیش حفظ سلامت آن و تربیت فرزندان صالح است تفاوت دارد، یا حیثیت مردی که نیمی از عمر خویش را به مکافات جنایاتش در زندان گذرانده است با کسی که تمام عمر را برای مبارزه با فساد و پلیدی صرف کرده است برابر نیست.

همچنین، همهٔ مشاغل خارج از منزل کم و بیش زن را از پاره‌ای وظایف مادری و همسری باز می‌دارد. هدف از وضع مادهٔ ۱۱۱۷ ق.م. نیز این بوده است که گرفتاری‌های شغلی زن مانع از ادارهٔ خانه و تربیت فرزندان او نشود و شوهر، به عنوان مسؤول حفظ مصالح این کانون، بتواند زن را از کاری که برخلاف مصلحت می‌بیند باز دارد. ولی همه می‌دانیم که پاره‌ای از محدودیت‌ها در عرف قابل تحمل و اغماض است. لوازم خانه‌داری و تربیت فرزند نیز در آداب و رسوم اجتماعی چهره‌های گوناگون دارد و تابع عرف زمانه است. پس، دادرس باید، در تعیین مصالح خانوادگی و لوازم آن، اخلاق

عمومی و رسوم را در نظر بگیرد و نمی‌توان ضابطهٔ کار او را به دقت معین کرد.

۱۴۹. حدود استفاده از اختیار شوهر:

پیش از تصویب قانون حمایت خانواده، اختلاف نظر بود که آیا تشخیص مصالح خانواده با مرد است و او می‌تواند، به عنوان رئیس خانواده، زن را از اشتغال به هر کار که مصلحت می‌بیند منع کند و زن باید سوء استفاده از این حق را اثبات کند یا شوهر بایستی، مانند هر مدعی دیگر، به دادگاه رجوع کند و پس از اثبات نظر خود منع زن را از محکمه بخواهد؟

برای مثال، اگر زنی کارمند یکی از ادارات دولتی باشد و شوهر اعلام کند که ادامهٔ کار او با مصالح خانوادگی منافات دارد، آیا آن اداره ناگزیر است که نظر شوهر را بپذیرد یا بایستی منتظر رأی دادگاه بماند؟

از ظاهر مواد ۱۱۰۵ و ۱۲۱۷ چنین بر می‌آید که مرد به عنوان رئیس خانواده می‌تواند مصالح آن را تشخیص دهد و زنی که ادعا می‌کند شوهر از اختیار خویش سوء استفاده کرده است باید مراتب را در دادگاه اثبات کند: یعنی، در مقام اختلاف نسبت به مخالفت شغل زن با مصالح خانواده، شوهر از اقامهٔ دلیل بی نیاز است و زن باید ادعای خود را ثابت کند.

ولی، مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳٤٦ به این گفتگوها پایان داد. به موجب این ماده : «**شوهر می‌تواند، با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع نماید**». مفاد این حکم در مادهٔ ۱۸ حمایت خانواده مورخ ۲۳ بهمن ۱۳۵۳ نیز تکرار شد و در قوانین پس از آن نیز ناسخی برای این حکم وجود ندارد. پس، در حقوق کنونی، شوهر باید به عنوان مدعی در دادگاه اقامهٔ دعوا کند و بعد از اثبات منافی بودن شغل زن با مصالح خانوادگی و حیثیت خود یا زن منع او را از دادگاه بخواهد.

از این قاعدهٔ کلی باید پذیرفتن سمت قیمومت را استثنا کرد. در این مورد، اجازهٔ شوهر لازم است و ضرورت ندارد که تعارض آن با مصالح خانوادگی در دادگاه اثبات شود؛ چنان که مادهٔ ۱۲۳۳ ق.م. در این باره می‌گوید: «**زن نمی‌تواند بدون رضایت شوهر سمت قیمومت را قبول کند**». از لحاظ نظری، می‌توان گفت پذیرفتن قیمومت شغل نیست و مادهٔ ۱۲۳۳ حکم مادهٔ ۱۸ قانون حمایت خانواده را در باب لزوم تأیید دادگاه

تخصیص نداده است، ولی باید دانست که پذیرفتن این سمت گاه مستلزم ادارهٔ دارایی محجور و داد و ستدها و اموری است که از هر حیث شغلی کامل و پردرآمد به حساب می‌آید. پس، لزوم اجازهٔ شوهر در این مورد، در واقع محدودیت شغلی برای زن و از نتایج ریاست شوهر بر خانواده است.

باید افزود که، اختیار شوهر تنها ناظر به مشاغلی نیست که زن پس از ازدواج انتخاب می‌کند و شامل تمام شغل هایی که پیش از آن نیز آغاز شده است می‌شود. پس، اگر مردی با دختری که میهماندار هواپیما است ازدواج کند و پس از چندی در یابد که ادامهٔ این شغل با مصالح خانوادگی منافات دارد، حق دارد منع او را از دادگاه تقاضا کند. رضایت شوهر نیز از اختیار قانونی او نمی‌کاهد، زیرا منع زن تنها حق مرد نیست که بتوان ادعا کرد با اعلام رضایت ساقط شده است. بقای این اختیار در زمرهٔ مسائل مربوط به نظم عمومی است و اعمال آن در شمار تکالیف و مسؤولیت‌های شوهر در ادارهٔ خانواده است.[۱]

۱۵۰. آثار حکم دادگاه بر منع زن از اشتغال خاص :

در اثر صدور حکم، تمام تعهداتی که مربوط به شخص زن است و به مناسبت حرفهٔ خود به عهده گرفته ابطال می‌شود. برای مثال، اگر زن پیمانی برای کار در مؤسسه یا کارخانه‌ای بسته باشد و دادگاه ادعای مرد را در باب منافی بودن آن با مصالح خانوادگی بپذیرد، قرارداد به درخواست مرد ابطال می‌شود.[۲] ولی خساراتی که از این بابت به اشخاص ثالث وارد شود، باید به وسیلهٔ زن جبران شود. تصمیم مرد و تأیید دادگاه در حکم قوهٔ قاهره نیست و زن را از پرداختن خسارات عدم انجام تعهد معاف نمی‌کند (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.) زیرا، مانعی که او را از ایفای تعهدات خود بازداشته است علت خارجی نیست؛ بنابر خواستهٔ او و ناشی از وضعی است که در اثر عقد نکاح پیدا

---

۱. پلنیول و ریپر، و رواست، ج۲، ش ۳۸۹ – ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۱۶۶ – کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ش ۲۹۴ – برای دیدن نظر مخالف در حقوق ایران، رک. مرحوم دکتر امامی، ج ۲، ص ۱۷.

۲. پاره‌ای از استادان گفته‌اند، اگر زنی پیش از نکاح نزد دیگری اجیر شده باشد، «شوهر نمی‌تواند به استناد مادهٔ ۱۱۱۷ ق.م. زن را از انجام تعهدی که به وسیلهٔ اجاره نموده مانع شود، زیرا اجاره صحیحاً واقع شده و زناشوئی مؤخر تأثیر در اجارهٔ مقدم نمی‌نماید و عقد سابق را متزلزل نمی‌گرداند. بنابراین زوج نمی‌تواند حق ثابت مستأجر و یا اجیر را مرتفع سازد» (دکتر امامی، ج ۲، ص ۱۷)

کرده است.[1]

برعکس، قراردادهایی که زن دربارهٔ اموال خود بسته است، حتی اگر پس از مخالفت شوهر خود امضا کرده باشد، باطل نیست. زیرا، به موجب مادهٔ ۱۱۱۸ ق.م.، زن استقلال مالی دارد و درخواست مرد، هر چند که از نظر حرفهٔ زن مشروع باشد، او را در زمرهٔ محجوران در نمی‌آورد. پس، اگر زنی برخلاف میل شوهر خود به تجارت بپردازد، و با تأیید دادگاه از آن منع شود، قراردادهایی که می‌بندد نافذ است. چنین زنی در رابطهٔ با شوهر خود ناشزه است، ولی در برابر اشخاص ثالث ملزم به وفای به عهد می‌شود، و حتی اگر نتواند دیون تجارتی خود را بپردازد، صدور حکم به ورشکستگی او مانعی ندارد.[2]

برای بازداشتن چنین زنی از تجارت، دادگاه می‌تواند به وسیلهٔ قرار دادن جریمهٔ مستمر (روزانه یا ماهیانه) او را اجبار کند. همچنین، شوهر حق دارد زیان‌های ناشی از این خودسری را بر مبنای «مسؤولیت مدنی ناشی از تقصیر» از دادگاه بخواهد. طلاق زن نیز وسیلهٔ دیگری است که شوهر می‌تواند برای حفظ خانواده به آن متوسل شود.

۱۵۱. اختیار زن نسبت به منع شوهر:

در قانون حمایت خانواده مورخ ۲۳ بهمن ۱۳۵۳، به زن نیز اختیار داده شده است که هرگاه شغل شوهر را منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت خود یا شوهر بداند، از دادگاه تقاضای منع او را بکند. منتها، در پایان مادهٔ ۱۸ افزوده شده است: **«دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود مرد را از اشتغال به شغل مزبور منع می‌کند»**.

با این ترتیب، از لحاظ نظری، دیگر نمی‌توان اختیار شوهر دربارهٔ منع زن از مشاغل منافی مصالح خانواده را از آثار ریاست او بر خانواده دانست. پرهیز از این‌گونه مشاغل و رعایت حیثیت همسر در زمرهٔ تکالیف متقابل زن و شوهر است و تجاوز از آن به دیگری حق می‌دهد که برای اجبار متخلف به دادگاه رجوع کند.

---

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۰۷۶.

۲. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۱۶۹ ، که زن را در چنین موردی در حکم محجور نمی‌شمارد.

با وجود این، زن و شوهر از این نظر برابر نیستند و دو تفاوت اساسی موقعیت حقوقی آنان را از یکدیگر متمایز می‌سازد:

۱. در تقسیم کارهای اجتماعی، قوانین و عرف و گاه طبیعت امور تکالیف ویژه‌ای برای زن معین کرده است که او را دربارهٔ مشاغل خارجی محدودتر می‌سازد.

برای مثال، به موجب قانون حضانت طفل با مادر است (مادهٔ ۱۱۶۹ ق.م.) کودک بیش از همه چیز به آغوش مادر نیاز دارد و مشاغل اجتماعی، هر اندازه که مهم باشد، مادر را از این وظیفهٔ طبیعی و انسانی معاف نمی‌کند. در این دوران، پدر باید معیشت خانواده را تأمین کند و مادر به نگاهداری فرزند بپردازد. پس، هر شغلی که باعث جدایی مادر از فرزند خود شود و سلامت و تربیت کودک را به خطر اندازد با مصالح خانوادگی منافات دارد، در حالی که طبیعت وظیفه‌ای که قانون بر عهدهٔ شوهر نهاده است (دادن نفقهٔ زن وفرزند) ایجاب می‌کند که او در خارج از محیط خانواده کار کند و شغلی با درآمد متناسب بیابد.

مثال دیگر: مفهوم حسن معاشرت که در قانون برای زن و شوهر یکسان مقرر است، در اخلاق اجتماعی برای هر یک از آنان وظایف ویژه‌ای ایجاد می‌کند.

قانون، از حیث تعیین قواعد حاکم بر روابط زن و شوهر، می‌تواند آنان را برابر انگارد ولی تعیین مصداق‌های خارجی این قواعد از حکومت قوانین بیرون است. در این زمینه باید کتاب قانون را بست و به واقعیت‌ها، یعنی آنچه اخلاق عمومی حکم می‌کند، توجه داشت.

تمدن کنونی، یا دست کم فرهنگ جامعهٔ ما، هنوز تقسیم مرسوم کار بین زن و شوهر را از یاد نبرده است. هنوز هم اگر شام خانواده حاضر نباشد یا لباس فرزندان آنان کثیف و آلوده به نظر آید زن را مسؤول می‌شمرد، همچنان که هرگاه معیشت خانواده فراهم نشود مرد را مقصر می‌داند. لوازم حسن معاشرت از سوی زن او را به خانه پای بند می‌کند و مرد را وادار به فعالیت‌های خارجی می‌سازد. به طور خلاصه، مفهوم «مصالح خانوادگی» برای زن و شوهر تکالیف برابر و یکنواخت ایجاد نمی‌کند و رعایت این مصالح زن را از حیث انتخاب مشاغل محدودتر می‌سازد.

۲. منع شوهر از شغلی که دارد، هر چند منافی مصالح خانوادگی و حیثیت طرفین باشد، در صورتی امکان دارد که «اختلالی در امر معیشت خانوده ایجاد نشود». مسؤولیت مربوط به تأمین مخارج خانواده، که از لوازم عرفی ریاست شوهر بر خانواده

است، به او اختیار بیشتری در انتخاب شغل می‌دهد و به همین مناسبت نیز اختیار شوهر در منع مشاغل زن هنوز هم رنگی از ریاست او بر خانواده دارد.

از اینها گذشته، با این که مادهٔ ۱۸ قانون حمایت خانواده نسخ نشده است و از نظر اصول نیز هیچ مانعی ندارد که زن به عنون عضو خانواده همسر خود را از مشاغل مضر به حال خود و فرزندانش منع کند، پیشرفت چنین دعوایی که در فقه سابقهٔ روشنی ندارد، بعید به نظر می‌رسد؛ مگر این که حرفهٔ انتخاب شده نامشروع باشد.

۴. نام و اقامتگاه

۱۵۲. نام خانوادگی:

به موجب مادهٔ ۳۸ قانون اصلاح قانون ثبت احوال سابق: «هرکس باید برای خود نام خانوادگی مخصوص انتخاب کند. زوجه و کلیهٔ اولاد و احفاد ذکور و اناث آن شخص که در تحت ولایت او هستند به آن نام موسوم خواهند بود. کسانی که تحت ولایت نیستند می‌توانند نام خانوادگی دیگری برای خود اختیار نمایند».

ظاهر این ماده ناظر به صورتی بود که زن و سایر افراد خانواده هنوز نام خانوادگی معین نداشتند. در این حالت، هر نامی را که شوهر انتخاب کند، اعضای خانواده به همان نام خوانده می‌شوند و کسانی که در ولایت او نیستند می‌توانند نام خانوادگی دیگری انتخاب کنند.

ولی، مادهٔ ٤۲ قانون ثبت احوال مصوب ۱٦ تیر ماه ۵۵، استفاده از نام خانوادگی شوهر را اختیاری و منوط به اجازهٔ او قرار داده است. در این ماده می‌خوانیم: «**زوجه می‌تواند با موافقت همسر خود تا زمانی که در قید زوجیت می‌باشد، از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده کند و در صورت طلاق ادامهٔ استفاده از نام خانوادگی موکول به اجازهٔ همسر خواهد بود**».

بدین ترتیب، با اینکه نام خانوادگی شوهر بر زن تحمیل نمی‌شود و اختیار انتخاب با او است، در هر حال این نام شوهر است که می‌تواند بر خانواده سایه افکند. زنی که شوهر می‌کند به خانوادهٔ جدید دست کم به همان اندازه خویشان نسبی وابسته می‌شود؛ با شوهر وظایف و هدف مشترک پیدا می‌کند و تربیت فرزندان آن خانواده را به عهده می‌گیرد. پس، طبیعی است که اگر نام خانوادگی پیشین خود را نیز حفظ می‌کند به نام خانوادهٔ شوهر نیز نامیده شود؛ همچنان که می‌تواند، بدون هیچ گونه تشریفاتی، صدور

شناسنامهٔ دیگری به نام خانوادگی شوهر خود با موافقت او درخواست کند.

۱۵۳. اقامتگاه :

مطابق مادهٔ ۱۰۰۵ ق.م.: **«اقامتگاه زن شوهردار همان اقامتگاه شوهر است...»**. پس، اگر محل سکونت زن و شوهری در کرج باشد ولی مرکز مهم امور شوهر و در نتیجه اقامتگاه او در تهران باشد، اقامتگاه قانونی زن نیز به تابعیت او در تهران است، هر چند که هیچ گونه رفت و آمدی به تهران نداشته باشد.

«... مع ذلک، زنی که شوهر او اقامتگاه معلومی ندارد و همچنین زنی که با رضایت شوهر خود و یا با اجازهٔ محکمه مسکن علیحده اختیار کرده می‌توانند اقامتگاه شخصی علیحده نیز داشته باشد» (قسمت اخیر همان ماده).

نکته‌ای که در قانون مدنی مجمل مانده این است که، اگر شوهر به دلیل حجر نتواند ادارهٔ امور خانواده را به عهده گیرد، آیا باز هم اقامتگاه او بر زن تحمیل می‌شود یا باید گفت زن در چنین موردی حق دارد اقامتگاه دیگری انتخاب کند؟

در پاسخ این پرسش یکی از سه نظر ممکن است انتخاب شود:

۱. به موجب قانون مدنی، مرد می‌تواند اقامتگاه مشترک زوجین را معین کند. ولی، در مواردی که اقامتگاه او نیز تابع دیگری است و اختیاری در این زمینه ندارد، زن در تعیین اقامتگاه خود آزاد است و مرکز مهم امر او باید مناط اعتبار باشد.[1]

۲. اگر مرد پیش از محجور شدن دارای اقامتگاه باشد، چون حجر مانع از این است که تصمیم تازه‌ای بگیرد، همان ارادهٔ پیشین او برای زن محترم است ؛ یعنی اقامتگاه جایی است که پیش از حجر اقامتگاه شوهر او بوده است.[2]

۳. بر طبق مادهٔ ۱۰۰٦ ق.م، اقامتگاه محجور تابع اقامتگاه ولی یا قیم اوست، پس اگر شوهر محجور شود اقامتگاه قیم او بر زن تحمیل می‌شود.[3]

---

۱. ابری و رو، ج ۱، چاپ پنجم، بخش ۱۴۳ ، ش ۷ - روژه پرو، فرهنگ حقوق مدنی دالوز، ش ۹۶ - ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۹۵۳ - در مادهٔ۲۱۳ ق.م. فرانسه پیش بینی شده است، در صورتی که شوهر نتواند دربارهٔ ادارهٔ امور خانواده تصمیم بگیرد، ریاست خانواده با زن است و پاره‌ای از نویسندگان نتیجه می‌گیرند که چون در مورد جنون مرد رئیس خانواده زن است پس اقامتگاه او باید اقامتگاه خانواده باشد.

۲. لوران، به نقل از فرهنگ حقوق مدنی دالوز، ش ۹۶.

۳. بودری لاکانتینوری و هوک فورکارد، احوال شخصی (دورهٔ حقوق مدنی)، ش ۹۹۸.

همان‌گونه که اشاره شد، تحمیل اقامتگاه شوهر بر زن، نتیجهٔ ریاست او بر خانواده است: او محل سکونت مشترک را معین می‌سازد و به طور معمول نیز هم او است که اموال زن و فرزندانش را اداره می‌کند و به دعاوی اشخاص پاسخ می‌دهد. بنابراین، جایی که به حکم قانون یا عرف مسلم ریاست او از بین می‌رود یا معلق می‌ماند، زن می‌تواند اقامتگاه مستقل داشته باشد. در صورت سفه شوهر، نمی‌توان ادعا کرد که اقتدار شوهر در ادارهٔ خانواده از بین رفته است و صلاحیت اظهار نظر ندارد، پس ناچار باید اقامتگاه او را، هرچند که تابع اقامتگاه ولی یا قیم باشد، اقامتگاه زن نیز به حساب آورد. ولی، در مورد جنون، چون این سلطهٔ معنوی و قانونی از بین می‌رود، اقامتگاه زن را نباید تابع اقامتگاه اجباری شوهر دانست و اشخاصی که بر او اقامهٔ دعوا می‌کنند ناگزیر از رجوع به دادگاه محل اقامت ولی یا قیم شوهر نیستند.

۵. تابعیت و ولایت

۱۵٤. تابعیت:

به موجب بند ٦ مادهٔ ۹۷٦ ق.م.، هر زن تبعهٔ خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند، تابع ایران محسوب می‌شود: یعنی نتیجهٔ ریاست شوهر بر خانواده این است که تابعیت او بر زن تحمیل خواهد شد و به همین دلیل نیز، پس از طلاق یا فوت شوهر، زن می‌تواند به وسیلهٔ اعلام کتبی به وزارت خارجه به تابعیت اول خود رجوع کند. با وجود این «**زن شوهر مرده‌ای که از شوهر سابق خود اولاد دارد، نمی‌تواند، مادام که اولاد او به سن هیجده سال تمام نرسیده، از این حق استفاده کند**» (مادهٔ ۹۷٦ ق.م.).

همچنین زن و اولاد صغیر خارجیانی که تابعیت ایران را تحصیل کرده‌اند، تابع دولت ایران شناخته می‌شوند، ولی زن در ظرف یک سال از تاریخ صدور سند تابعیت شوهر و اولاد صغیر ظرف یک سال از تاریخ رسیدن به سن هیجده سال تمام، می‌توانند اظهار کتبی به وزارت خارجه داده و تابعیت مملکت سابق شوهر و یا پدر را قبول کنند، مشروط به اینکه دولت خارجی نیز اولاد را تابع خود بشمارد (مادهٔ ۹۸٤).

در مورد زن ایرانی که با مرد خارجی ازدواج می‌کند، قانون مدنی او را تابع ایران می‌داند «مگر اینکه مطابق قانون مملکت زوج تابعیت شوهر به واسطهٔ وقوع ازدواج به زوجه تحمیل شود». ولی، در هر صورت، پس از انحلال نکاح، این زن می‌تواند دوباره تابعیت ایران را اختیار کند (مادهٔ ۹۸۷ ق.م.).

بی‌تردید، در اعطای تابعیت دولت به مصالح دیگر نیز نظر دارد؛ چنان که، هرگاه دولتی در صدد جلب خارجیان و ازدیاد جمعیت خود باشد، می‌تواند به هر خارجی که با یکی از اتباع آن کشور ازدواج می‌کند تابعیت خود را تحمیل کند. ولی، با وضع کنونی قوانین تابعیت، باید پذیرفت که توجه به ریاست شوهر بر خانواده یکی از عوامل مؤثر در تعیین تابعیت است.[1]

۱۵۵. ولایت شوهر بر فرزندان:

همان گونه که اشاره شد، نگاهداری و تربیت فرزندان خانواده بر عهدهٔ پدر و مادر است، و آن دو باید در این زمینه با یکدیگر همکاری کنند. ولی ادارهٔ دارایی فرزندان صغیر و محجور تنها با پدر است و تا زمانی که او زنده است و لیاقت و توانایی اجرای وظایف خود را داراست مادر هیچ اختیاری در این باب ندارد (مواد ۱۱٦۸ و ۱۱۸۰ ق.م.).

پس، باید بین دو مفهوم «ولایت» و «حضانت» تفاوت گذارد. ولایت بر فرزندان محجور با پدر و شامل ادارهٔ دارایی و نمایندگی او در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه است. ولی حضانت یا نگهداری طفل با پدر و مادر و در صورت فوت یکی از آنان به طور مستقل با دیگری است (مادهٔ ۱۱۷۱ ق.م.). در مجلد دوم، دربارهٔ ولایت و حضانت گفتگوی بیشتری خواهیم داشت.

مبحث سوم: اثر قرارداد در نهاد نکاح

۱۵٦. طرح بحث:

گفته شد که نکاح «سازمان یا نهاد حقوقی» ویژه‌ای است که بر مبنای رابطهٔ جنسی و عاطفی زن و مرد ایجاد شده است. اشخاص در انتخاب همسر آزادی کامل دارند و عقد نکاح نیز، مانند سایر قراردادها، وابسته به قصد و رضای دو طرف آن است. ولی، آثار این عقد از طرف قوانین معین می‌شود و حقوق جایی برای حاکمیت ارادهٔ آنان باقی نمی‌گذارد. به دشواری می‌توان موردی را یافت که زن و شوهر بتوانند آثار متعارف نکاح را بر طبق قرارداد دگرگون سازند یا حکمی از قانون را تغییر دهند. به همین

---

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۱۵۵ – مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲، ش ۱۰۷۴.

جهت، در این زمینه، اصل محدود بودن حکومت اراده به قوانین یا امری بودن قوانین است و همین نکته نکاح را از معاملات جدا می‌سازد.

توافق دربارهٔ مهر را نباید با عقد نکاح مخلوط کرد. آزادی دو طرف در مورد مهر کم و بیش مانند سایر قراردادها است و محدود کردن این اراده امری استثنایی و خلاف اصل است. با وجود این، ارتباط مهر با نکاح در این باره نیز وضع خاصی به وجود می‌آورد که باید مورد نظر قرار گیرد و اجرای قواعد عمومی معاملات در آن با احتیاط انجام شود.

توافقی که به منظور تغییر آثار قراردادی انجام می‌شود، اگر ضمن همان قرارداد باشد، در اصطلاح «شرط» نامیده می‌شود.

برای مثال، اگر زن و شوهر ضمن عقد نکاح قرار گذارند که محل سکونت مشترک آنان را زن معین کند، می‌گویند ضمن عقد نکاح شرط شده است که تعیین محل سکنی با زن باشد. همچنین، اگر به موجب قراردادی که تابع عقد نکاح شده است انجام دادن کاری بر عهدهٔ یکی از دو طرف قرار گیرد یا وصفی در مهر یا یکی از زوجین شرط شود یا منظور به دست آمدن نتیجهٔ قرارداد تبعی (مانند وکالت) ضمن نکاح باشد، این قرارداد را «شرط» می‌نامند. مانند این که شرط شود که زن دوشیزه باشد (وصف) یا شوهر املاک زن را اداره کند (انجام دادن کار) یا زن وکیل شوهر در فروش خانهٔ او یا طلاق دادن خود باشد (نتیجه).

در فقه، چون الزام آور بودن این گونه قراردادها مشروط بر این بود که ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری در آید، نقش قراردادهای خصوصی در نکاح را زیر عنوان «شروط ضمن عقد» بررسی می‌کردند. امروز این ضرورت وجود ندارد، زیرا قراردادهای بی نام نیز ممکن است به طور مستقل واقع شود و همان اثر «شرط» را دارد.

برای مثال، همان گونه که ضمن عقد نکاح می‌توان حق سکنی را برای زن شرط کرد، دادن این حق به موجب قرارداد مستقل، پیش از عقد نکاح یا بعد از آن، نیز امکان دارد. همچنین، اگر قبول کنیم که ضمن عقد نکاح نمی‌شود حق حضانت کودک را از مادر او گرفت، این سلب حق به وسیله قرارداد مستقل نیز ممکن نیست.

با وجود این، از آنجا که تأثیر این گونه توافق‌های فرعی در اصل نکاح نیاز به بررسی جداگانه‌ای دارد که ویژهٔ مباحث مربوط به عقد ازدواج است و از این جهت که طبیعت بسیاری از این توافق‌ها ایجاب می‌کند که ضمن عقد نکاح آورده شود (مانند

شرط صفت در یکی از زوجین)، ما نیز سنت پیشینیان را ادامه می‌دهیم و آثار قراردادهای خصوصی در نکاح را زیر عنوان «شرط ضمن عقد» مطرح می‌سازیم.

۱۵۷. اقسام شروط ضمن نکاح:

شروط ضمن نکاح را می‌توان به دو گروه اصلی تقسیم کرد:

۱. شروطی که موضوع آنها یکی از احکام قانونی یا عرفی عقد نکاح است و طرفین بدین وسیله می‌خواهند حدود شرایط آن احکام را تغییر دهند.

۲. شروطی که به طور مستقیم مربوط به نکاح نیست و زن و شوهر به دلایلی آن را در زمره توابع عقد آورده‌اند. به همین مناسبت نیز مبحث مربوط به نقش قراردادهای خصوصی در نکاح ضمن دو گفتار جداگانه مطرح می‌شود:

گفتار نخست: شروط ناظر به احکام نکاح

۱۵۸. اقسام این شروط :

شروطی که دو طرف نسبت به احکام نکاح می‌کنند ممکن است ناظر به یکی از این امور باشد :

الف. انعقاد نکاح؛

ب. آثار نکاح؛

ج. انحلال نکاح؛

د. مهر.

پس، به پیروی از این تحلیل منطقی، آثار و احکام این شروط چهارگانه را جداگانه مطرح می‌سازیم و ویژگی‌های هریک را در نکاح یادآور می‌شویم:

۱۵۹. الف - شروط مربوط به انعقاد نکاح:

با این که حق مربوط به انتخاب طرف قرارداد و تصمیم گرفتن دربارهٔ شرکت در آن از بدیهی‌ترین نتایج اصل آزادی قراردادهاست، شرایط انعقاد و درستی عقد را قانون معین می‌کند و به دو طرف عقد اجازه نمی‌دهد که در این زمینه نیز چنان که می‌خواهند

تصمیم بگیرند، قواعد مربوط به شرایط اساسی قراردادها بیشتر به منظور حفظ سلامت ارادهٔ طرفین عقد و حمایت از نظم عمومی در برابر قراردادهای خصوصی وضع می‌شود و به همین دلیل نیز امری است. این اصل، در عقد نکاح که جنبهٔ اجتماعی آن نیز اهمیت بسزا دارد بیشتر تقویت می‌شود و به ندرت می‌توان مواردی را یافت که زن و شوهر بتوانند نظم متعارف عقد را بر هم زنند.

توجه به احکامی که دربارهٔ نکاح آمده است معنی آنچه را یادآور شدیم روشن‌تر می‌سازد:

۱) سایر قراردادها ممکن است معلق باشد، یعنی اثر توافق منوط به وقوع حادثهٔ خارجی شود.[1] ولی، قانونگذار نکاح معلق را اجازه نداده است، زیرا تشکیل خانواده را نمی‌توان پا در هوا گذاشت و با تردید دربارهٔ آن تصمیم گرفت. زن و شوهر باید در این زمینه جازم باشند و دو دل باقی نمانند. به همین جهت، اگر در عقد پیوند زناشویی معلق به امری شود نکاح باطل است (ش ۳۹). شرطی را که بدین گونه اثر عقد را معلق سازد «شرط تعلیقی» گویند.

۲) در سایر قراردادها، هرگاه وجود وصفی در طرف عقد در روابط بین آنان علت عمدهٔ عقد باشد، اشتباه در این وصف سبب بطلان عقد می‌شود؛ چنان که، اگر کسی اموال خود را به گمان این که متهب فرزند یا همسر اوست ببخشد و بعد نادرستی این پندار معلوم شود، هبه باطل است.[2] ولی، در نکاح اشتباه در هیچ صفتی باعث بطلان عقد نمی‌شود و فقط برای کسی که در اشتباه بوده است حق فسخ ایجاد می‌شود (مواد ۱۱۲۱ به بعد قانون مدنی).[3]

۳) انجام یا خودداری از انجام دادن سایر معاملات می‌تواند موضوع تعهد قرار گیرد و حتی شخص اختیار دارد حقی را که در این باره دارد، به طور موقت یا در رابطهٔ خاص، از خود سلب کند (مفاد مادهٔ ۹۵۹ ق.م.). برای مثال، مالک می‌تواند ملتزم شود که خانه خود را بفروشد، یا تعهد کند که تا مدتی آن را اجاره ندهد یا منتقل نسازد، یا حق انتقال آن را در مدت معین (به طور جزئی) از خود سلب کند.[4] ولی، در مورد

---

۱. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۷ به بعد.

۲. همان کتاب، ش ۲۳۷ به بعد.

۳. رجوع شود به ش ۵۲، همچنین به فصل چهارم در انحلال نکاح.

۴. ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، عقود معین (۱)، ش ۳۵ به بعد؛ قواعد عمومی قراردادها، ج۱، قرائت و تمرین(۳-۲)، ص ۲۱۶.

نکاح، درستی این گونه قراردادها و آثار الزام آور آنها به شدت مورد تردید است:

در مورد التزام به زناشویی، دیدیم که پیمان نامزدی هیچ یک از نامزدها را ناگزیر به انعقاد نکاح نمی‌کند (ش ۲۱ به بعد). پس، هیچ کس را نمی‌توان به استناد قراردادهای گذشته وادار به همسری دیگری کرد. عکس این فرض نیز درست است، یعنی نکاحی را که تمام شرایط قانونی را داراست، نمی‌توان به استناد قراردادهای گذشتهٔ یکی از همسران باطل دانست.

حق نکاح کردن از حقوق مربوط به شخصیت انسان است و با هیچ قراردادی ساقط نمی‌شود، هرچند محدود به زمان یا رابطهٔ خاص باشد. بنابراین، اگر کسی در قراردادی حق نکاح با زنی را برای مدت پنج سال از خود سلب کند و در همین مدت زن را به همسری بگیرد، هیچ دادگاهی حق ندارد آن دو را زن و شوهر نشناسد (مادهٔ ۹۷۵ ق.م.)[۱].

لیکن، در مورد آثاری که بر التزام شخص به خودداری از نکاح بار می‌شود، باید گفت چنین قراردادهایی، تا جایی که با نظم عمومی و اخلاق حسنه منافات ندارد، از حیث جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و پرداختن وجه التزام نافذ است. زیرا، هرکس می‌تواند تعهد کند که کار مباحی را انجام ندهد. تنفیذ چنین قراردادی به معنی تجاوز از قوانین امری و تبدیل نظم اخلاقی موجود نیست، چرا که هیچ حلالی را حرام نمی‌سازد و اثر آن محدود به رابطهٔ دو طرف قرارداد است.[۲]

با وجود این، هرگاه الزام به خودداری از نکاح و پرداختن وجه التزام سنگین مقرون به هدفهای نامشروع و غیراخلاقی باشد، چنان که بخواهند زنی را برای اجرای مقاصد

---

۱. در حقوق انگلیس اظهار شده است که، اگر مردی در برابر زنی تعهد کند که با هیچ کس جز او ازدواج نمی‌کند و درصورت تخلف از این پیمان ۲۰۰۰ پوند وجه التزام می‌پردازد، این قرارداد باطل است. زیرا آزادی انتخاب همسر را محدود می‌سازد (انسون Anson، حقوق قرارداد، ص ۳۴۴ - چشایر و فیفوت، ص ۳۵۵).

۲. بنابراین، اگر کسی تعهد کند که در صورت نکاح با دختر خاص وجه التزامی بپردازد، یا کارمندی متعهد شود که تا پایان پیمان کار ازدواج نکند، قرارداد الزام‌آور است و متخلف باید خسارت ناشی از عهد شکنی را بدهد و تجاوز از مفاد قرارداد کارفرما را از تعهد استخدام معاف می‌کند. در حقوق امریکا نیز اگر استخدام زنی برای مدت معین مشروط به ازدواج نکردن او باشد شرط نافذ است و هرگاه ازدواج کند کارفرما از تعهد خود بری می‌شود (کوربن Corbin ، قراردادها، ج۶ الف، ش ۱۴۷۴ ، ص ۶۱۲) . ولی گفته شده است که شرط صریح دربارهٔ منع ازدواج، بدون این که در اصل قرارداد اثر داشته باشد، نافذ نیست. (همان کتاب، ص ۶۱۱).

نامشروع در استخدام بگیرند یا از ازدواج دو نفر بدون علت مشروع جلوگیری کنند، دادگاه می‌تواند به استناد مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی قرارداد را باطل بداند. اخلاقی بودن چنین پیمانهایی باید در هر مورد خاص به وسیلهٔ دادرس بازرسی شود و برای آن قاعده نمی‌توان به دست داد.

۱۶۰. ب - شروط مربوط به آثار نکاح:

تفاوت عمدهٔ نکاح با سایر قراردادها دربارهٔ اثر توافق نسبت به تعیین آثار عقد است. برطبق اصل آزادی قراردادها، به طور معمول آثار عقد را طرفین آن معین می‌کنند و التزاماتی که از عقد به وجود می‌آید خواست خود آنان است. در تعیین این خواسته، در مرحله نخست به مفاد عقد و عبارت هایی که در آن به کار رفته است توجه می‌شود و، در مرحلهٔ دوم، سکوت آنان در برابر لوازم عرفی و قانونی عقد به منزلهٔ توافق ضمنی دربارهٔ اجرای همان احکام به شمار می‌رود.

بی‌تردید، در حقوق کنونی، که دولت در همهٔ مظاهر زندگی اجتماعی جای پایی برای خود باز کرده است و، به عنوان حفظ نظم عمومی، تمام روابط گوناگون را زیر نظر دارد، این قاعده نیز به وسعت سده‌های پیشین به جای نمانده است. ولی باز هم می‌توان از حاکمیت اراده بر آثار عقد، دست کم به عنوان اصلی که استثناهای فراوان یافته است، سخن گفت.

اما در نکاح، این اصل از آغاز قانونگذاری نو در اخلاق و قواعد مذهبی وارونه بوده است. زن و شوهر در ایجاد رابطهٔ زناشویی آزادی کامل دارند، لیکن ناگزیرند آثار عقد را، چنان که حقوق معین کرده است، بپذیرند و به همین دلیل است که پاره‌ای از استادان پیمان زناشویی را به حق «نهاد حقوقی نکاح» نامیده‌اند.[1] و این اصطلاح را دست کم دربارهٔ آثار نکاح باید پذیرفت.

بنابراین، زن و شوهر نمی‌توانند در نکاح شرط کنند که، ریاست خانواده با شوهر نباشد، یا شوهر نتواند با مشاغل منافی مصالح خانوادگی زن مخالفت کند، یا زن و شوهر از سکونت مشترک با هم و حسن معاشرت و معاضدت معاف باشند، یا زن الزامی به تمکین از مرد نداشته باشد، یا شوهر بتواند خانواده را ترک گوید و نفقه ندهد

---

۱. ریپروبولانژه، ج ۱، ش ۱۱۱۶.

و مادر را از حضانت فرزندان خود بازدارد... و مانند اینها.

حق تعیین مسکن را نباید در زمرهٔ آثار الزامی نکاح آورد. زیرا در مادهٔ ۱۱۱٤ آمده است که: **«زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید، مگر این که اختیار منزل به زن داده شده باشد».** بدین ترتیب، تعیین محل سکنی، اگر در حدودی باشد که مصالح خانوادگی و حیثیت طرفین را به خطر نیندازد، از امور مربوط به نظم عمومی نیست و تابع قرارداد خصوصی بین زن و شوهر است. پس، ممکن است در نکاح شرط شود که شوهر باید محل سکنی را در شهر معین قرار دهد یا به هرجا که زن میل دارد برود.[1]

منتها، باید افزود که تعیین محل سکونت را با الزام به سکونت مشترک نباید اشتباه کرد. زیرا، چنان که اشاره شد، حکم مربوط به سکونت مشترک از قواعد مربوط به نظم عمومی است و همسری که حق تعیین مسکن را دارد نمی‌تواند از پذیرفتن دیگری خودداری کند یا همسری که حق تعیین این محل را ندارد به خانه‌ای که دیگری تعیین کرده است نرود (مفهوم مواد ۱۱۱٤ تا ۱۱۱٦ ق.م.).

پاره‌ای از استادان داشتن رابطهٔ جنسی را نیز از قبیل سکنی شمرده‌اند.[2] در تأیید این نظر گفته شده است که نزدیکی بین زن و شوهر از حقوق مربوط به آنان است و می‌توانند به هر گونه بخواهند در این باره توافق کنند. ولی، به نظر می‌رسد که نفوذ این شرط با تکالیفی که قانون برای همسران مقرر کرده است منافات دارد (مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۸ و بند ۱ از مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.).

رعایت تمایل جنسی همسر از اموری است که اخلاق و عرف لازم می‌شمرد و مقام انسان بالاتر از آن است که در این گونه امور عاطفی بتوان او را مجبور ساخت. حقوق نیز چنین حکمی نمی‌کند، زیرا در هنر دادگستری مسلم است که شیوهٔ ادارهٔ هر رابطه باید متناسب با طبیعت آن باشد. اما، نکاح نیز آثار و لوازمی دارد که باید از دسترس خودخواهی‌ها به دور ماند و هرکس آن را می‌پذیرد به این آثار و لوازم پای بند شود.

جمع بین مصلحت مربوط به آزادی جنسی و مصلحت ناظر به حفظ لوازم نکاح با ضمانت اجراهای ویژه‌ای فراهم آمده است که نافذ شناختن شرط به معنی زدودن همه آنها است. تضمین‌های قانونی با استواری خانواده و حمایت حقوق از انسانها ارتباط

---

۱. حسن امامی، ج ۴، ص ۳۷۷.

۲. دکتر امامی، همان کتاب.

نزدیک دارد و بی‌اثر ساختن آنها با روح قوانین کنونی سازگار نیست.

بنابراین، هیچ زن یا مردی حق ندارد، به استناد شروطی که در نکاح آمده است، به خواست‌های مشروع همسر خود بی‌اعتنا بماند. حاکمیت قرارداد را اخلاق عمومی مانع مشروع نمی‌داند. حقوق نیز برای زن و شوهر این اختیار را نمی‌شناسد که آنچه را قانون مباح شناخته است در روابط خود حرام سازند. پس، زن ناشزه حق گرفتن نفقه ندارد (مادهٔ ۱۱۰۸ ق.م.) و دادگاه نمی‌تواند درخواست طلاق یا گرفتن همسر دوم از طرف شوهر او را نپذیرد.

همچنین، بی‌اعتنایی شوهر به زن نیز به او حق می‌دهد که به عنوان سوء معاشرت یا عدم ایفای وظایف زناشویی از دادگاه طلاق بخواهد و استناد شوهر به شرط ضمن عقد این آثار قانونی را از بین نمی‌برد.

در فقه، نفوذ این گونه شروط در مورد امتناع زن از تمکین خاص مطرح شده است. در آن نظام، اعتقاد به اعتبار شرط عدم نزدیکی دشواری زننده‌ای در روابط زن و شوهر ایجاد نمی‌کرد. زیرا، شوهر می‌توانست زن دیگر بگیرد و هر گاه بخواهد همسر ناخوشایند را طلاق دهد.[1]

ولی، در نظام کنونی که شوهر از این اختیار محروم گشته است، یا اوضاع زمانه چنین امکانی در اختیار او قرار نمی‌دهد، آیا می‌توان، به استناد شرطی که نزدیکی بین زن و شوهر را منع کرده است، او را از آثار حقوقی این وضع محروم ساخت و برای مثال از حق درخواست گرفتن زن دیگر محروم ساخت و استدلال کرد که امتناع زن از نزدیکی خودداری از تمکین محسوب نمی‌شود؟[2]

۱۶۱. شرط خلاف مقتضای عقد نکاح:

در تعریف مقتضای عقد می‌توان گفت: «موضوع اساسی است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود و بدون آن ماهیت خود را از دست می‌دهد»[3]. بنابراین، شرطی با مقتضای عقد مخالف است که ذات و اثر اصلی آن را نفی کند، و رعایت مفاد شرط ماهیت عقد

۱. بنابراین، پذیرفتن نفوذ شرط از طرف بعضی از فقها (شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۴۹ و ۵۵۰ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، احکام مهر نمی‌تواند نفوذ حقوقی آن را در وضع کنونی تأیید کند.

۲. زیرا، مشروع شناختن شرط عدم نزدیکی به معنی این است که آثار عدم تمکین بر امتناع زن بار نشود.

۳. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۷۷.

را دگرگون سازد. به همین مناسبت نیز چنین شرطی را «خلاف مقتضای ذات عقد» گفته‌اند.

برای مثال، اگر در بیع شرط شود که مورد معامله به ملکیت خریدار درنیاید، دیگر نمی‌توان عقدی را که باعث ایجاد مالکیت نمی‌شود «بیع» نامید. پس، آوردن چنین شرطی در بیع نشان می‌دهد که دو طرف ارادهٔ خرید و فروش نکرده‌اند و باعث بطلان آن است.

تعیین مقتضای پاره‌ای از عقود آسان است، زیرا غرض و اثر اصلی عقد را به روشنی می‌توان تمیز داد؛ چنان که انتقال مبیع اثر اصلی عقد بیع و انتقال منافع مورد اجاره اثر اصلی عقد اجاره است و هر شرط که این آثار را نفی کند با مقتضای ذات عقد منافات دارد. ولی، در پارهٔ دیگر از عقود، از جمله نکاح، به دشواری ممکن است اثری را که وابسته به ذات و ماهیت عقد است تشخیص داد.

دشواری از آن جا است که در نکاح دو انسان تصمیم می‌گیرند که با هم زندگی مشترک داشته باشند. این زندگی مظاهر و لوازم گوناگونی دارد که هر کدام به نوبهٔ خود کمال اهمیت را دارا است. تمیز این که کدام اثر عقد جنبهٔ اساسی دارد و به ماهیت عقد وابسته است و کدام فرعی است به بررسی و تلاش فراوان نیاز دارد.

آنچه به نظر مسلم می‌رسد این است که التزام به دادن مهر را باید از ماهیت نکاح دایم جدا کرد. قانون مدنی به صراحت شرط عدم مهر را موجب بطلان نکاح قرار نمی‌دهد (مادهٔ ۱۰۸۷ ق.م.). همچنین، برای رفع هرگونه توهم، می‌افزاید: **«اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیهٔ مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است»**. (مادهٔ ۱۰۸۱ ق.م.).

دادن نفقه نیز مانند مهر است و نمی‌توان ادعا کرد که، اگر در عقد نکاح شرط شود که مرد به زن نفقه ندهد، از جمع بین شرط و عقد چنین برمی‌آید که آنچه طرفین خواسته‌اند درنظر عرف یا قانون نکاح نیست: عقد به درستی واقع می‌شود، ولی چون شرط با قانون امری مخالفت دارد باطل است.

ولی، دربارهٔ آثار غیرمالی نکاح، که هدفهای اصلی پیوند زناشویی است، داوری دشوار است و باید دید کدام اثر با ماهیت عقد ارتباط ناگسستنی دارد؟

در این زمینه نیز، اگر دو طرف برخلاف همهٔ آثار غیرمالی شرط کنند، بدین گونه که مرد سرپرست خانواده نباشد و زن و مرد در خانهٔ مشترک به سر نبرند و با هم رابطهٔ

جنسی نداشته باشند، هیچ تردیدی در بطلان عقد وجود ندارد. زیرا، آنچه طرفین خواسته‌اند در زبان عرف و قانون زناشویی نیست.

در این باره نیز که شرط خلاف آثار ناشی از ریاست شوهر بر خانواده یا سکونت مشترک یا حسن معاشرت یا وفاداری به تنهایی مفهوم عرفی نکاح را از بین نمی‌برد و فقط شرط باطل است تردید نباید کرد. لیکن، در رابطهٔ جنسی بین زن و شوهر چنین داوری نمی‌شود. زیرا، هدف اصلی نکاح تشکیل خانواده است. قانونگذار بدین وسیله می‌خواهد چارچوبی برای روابط جنسی زن و مرد فراهم کند و عشق و هوس را با وظیفه درآمیزد و کانونی برای رشد جسمی و عاطفی فرزندان ناشی از این رابطه به وجود آورد. پس، اگر زن و مرد اتحادی تشکیل دهند که در آن رابطهٔ جنسی تحریم شده باشد، رابطهٔ آنان با سازمان حقوقی و عرفی نکاح شباهت ندارد (قرائت و تمرین شمارهٔ ۱).

در فقه نیز چنین شرطی باطل شناخته شده است.[۱] منتها، در این که آیا شرط عدم نزدیکی نیز عقد را باطل می‌سازد یا نامشروع است یا نفوذ حقوقی دارد اختلاف شده است. مشهور بین فقها، به استناد روایاتی که در این باره آمده، نفوذ عقد است.[۲]

ولی، جمعی از بزرگان فقها نیز آن را مخالف مقتضای عقد دائم دانسته‌اند.[۳] در تأیید این نظر گفته شده است که، چون هدف اصلی نکاح دایم توالد و تناسل است، شرط عدم نزدیکی با ذات عقد منافات دارد. در حقوق مدنی نیز باید این نظر را پذیرفت. زیرا، نه تنها این شرط با قوانین امری مربوط به روابط زن و شوهر مخالف است، با مفهوم عرفی زناشویی نیز تعارض دارد: به بیان دیگر، عرف زن و مردی که نزدیکی بین خود را بدون مانع مشروع نیز ممنوع ساخته‌اند زن و شوهر نمی‌شناسد.

ممکن است ایراد شود که، اگر امکان نزدیکی بین زن و شوهر مقتضای نکاح باشد، باید نکاح بین پیرمرد و پیرزنی که توجه به رابطهٔ جنسی بین خود ندارند باطل باشد.

---

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۸۱ – میرزا نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۱۲ – عبدالله مامقانی، نهایة المقال، ص ۱۵۸ – سبزواری، کفایه، ص ۱۸۴.

۲. علاوه بر مسالک و جواهر که پیش از این گفته شد، رجوع شود: به منیة الطالب، همان جلد وصفحه - شرایع، کتاب نکاح در احکام مهر.

۳. علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۳۸ و همچنین نقل شده از مختلف (مسالک، ج ۱، ص ۵۵۰) – سیدعلی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، در احکام مهر (که این قول به عدهٔ کثیری از فقها نسبت داده شده است).

ولی، به این ایراد به آسانی می‌توان پاسخ داد. زیرا، مباح شدن نزدیکی اثری است که نمی‌توان ازعقد جدا کرد و در این مثال نیز نزدیکی تحریم نشده است و عدم امکان نزدیکی و ناتوانی زن یا شوهر با لزوم مباح شدن آن منافات ندارد.

با وجود این، هرگاه در مواردی که امتناع زن از نزدیکی با مرد به حکم اخلاق و قانون مشروع است به صورت شرط ضمن عقد نکاح آید، در نفوذ آن نباید تردید کرد. زیرا، در چنین موردی مفاد شرط در واقع تأکید حکم قانون است و به مقتضای عقد خلل نمی‌رساند. برای مثال: اگر زن بیماری هنگام نکاح شرط عدم نزدیکی با شوهر کند، در نفوذ شرط و درستی عقد تردید نیست.

۱۶۲. ج - شروط مربوط به انحلال نکاح:

انحلال نکاح بی‌گمان از امور مربوط به نظم عمومی است. بنابراین، قواعدی که در قوانین نسبت به انحلال آمده در زمرهٔ قوانین امری است. این قواعد را باید تفسیر محدود کرد: یعنی، به وسیلهٔ قیاس و استحسان نمی‌توان موجب تازه‌ای بر موارد انحلال افزود. زن و شوهر نیز حق ندارند به تراضی عقد را اقاله کنند[۱] یا در نتیجهٔ شرط موردی را برای انحلال نکاح پیش بینی کنند که در قوانین نیامده است. برای مثال، نمی‌توان درنکاح دائم شرط کرد که طلاق به ارادهٔ مرد یا زن انجام گیرد و نیازی به رجوع به دادگاه نباشد. این توافق دربارهٔ درخواست احتمالی آینده اثر ندارد.[۲]

اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیهٔ مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود... شرط باطل است (مادهٔ ۱۰۸۱ ق.م.) و به همین قیاس، شرط انفساخ نکاح یا داشتن حق فسخ برای زن نفوذ حقوقی ندارد. شرط خیار فسخ نیز، خواه برای همیشه یا مدت محدود باشد، در نکاح امکان ندارد (مادهٔ ۱۰۶۹). در قانون مدنی تنها شرط خیار باطل است و عقد نفوذ حقوقی دارد، ولی گروهی از فقیهان عقد خیاری را نیز باطل دانسته‌اند.[۳]

---

۱. جواهر، جلد نکاح، کتاب نکاح

۲. در حقوق آمریکا و انگلیس، قراردادی که هدف آن تسهیل جریان طلاق باشد مخالف با نظم عمومی تلقی شده است: قراردادی که در آن مالی به کسی داده شود که رضایت به طلاق دهد یا از دعوا دفاع نکند (کوربن، قراردادها، ج ۶ مکرر، بند ۱۴۷۴، ص ۶۱۴ و ۶۱۵ - انسون، قراردادها، ص ۳۴۵.

۳. «و خیار الشرط، لایثبت فی النکاح و لایبطل به النکاح عندنا» (خلاصة الفتاوی، ج ۱، ص ۲۷۳).

کاستن از موارد انحلال نکاح نیز به استناد قرارداد خصوصی طرفین ممکن نیست. زیرا، چنان که اشاره شد، در استوار ماندن یا امکان برهم زدن پیمان زناشویی جامعه نیز نظر دارد و نباید آن را در شمار روابط خصوصی بین زن و شوهر آورد. پس، نمی‌توان در نکاح شرط کرد که زن در هیچ صورت حق درخواست طلاق ندارد یا عسر و حرج در زندگی زناشویی و ترک انفاق از طرف شوهر چنین حقی به زن نمی‌دهد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که حاکمیت اراده در انحلال نکاح هیچ اثری ندارد. گذشته از موردی که طرفین با توافق درخواست طلاق می‌کنند و خارج از مبحث شرط است، در دو مورد شرط ضمن عقد در فسخ نکاح مؤثر است :

۱. دربارهٔ فسخ نکاح، امکان برهم زدن عقد به منظور جبران ضرر از کسی است که چنین پیمانی را نفهمیده امضا کرده است. ارتباط قواعد حاکم بر فسخ نکاح با حمایت زیان دیده و آزادی ارادهٔ او انکارناپذیر است؛ چنان که، دانستن بیماری همسر در زمان عقد این حق را از زیان دیده می‌گیرد. پس از عقد نیز او می‌تواند از این حق استفاده نکند یا آن را ساقط کند (مستفاد از مادهٔ ۱۱۳۱ ق.م.). بنابراین، چرا باید در امکان اسقاط آن پیش از عقد یا به وسیلهٔ شرط ضمن آن تردید کرد؟

در واقع، خیار فسخی که برای زن یا شوهر پیش بینی شده است، از حیث احکام و آثار، با خیار فسخ سایر معاملات شباهت کامل دارد. پس، همان‌گونه که در معاملات **«سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود»** (مادهٔ ٤٤٨ ق.م.)، در نکاح نیز قرارداد خصوصی بین آنها محترم است و شرط سقوط حق فسخ را باید نافذ شمرد (مادهٔ ۱۰ ق.م.)[1]

---

۲. در تأیید این نظر رجوع شود به، دکتر حسن امامی، ج ۴، ص ۴۷۴ - با وجود این، از نظر منطق حقوقی نمی‌توان از نکوهش این راه حل، که از مفاد مواد قانون مدنی برمی‌آید، چشم پوشید. پای بند شناختن شخص به همسری کسی که یکی از عیوب پیش بینی شده در قانون را داراست، به معنی محکوم ساختن او به کیفری است که جز حاکمیت اراده دلیلی برای آن وجود ندارد. نکاح در زمرهٔ سایر معاملات نیست .در این عقد، حقوق و عواطف انسانی مطرح است، و همچنان که آثار نکاح و طلاق را قانون اداره می‌کند، فسخ نکاح نیز باید دور از داد و ستدهای زندگی اجتماعی باشد .برای مثال، نمی‌توان انسانی را به استناد اینکه خود خواسته است محکوم ساخت تا پایان عمر همسر دیوانه یا بیماری باشد که باید ازآن احتراز کرد .احترام به حاکمیت اراده و قرارداد نیز این ظلم را توجیه نمی‌کند و با قانونگذار یا در صورت لزوم رویهٔ قضایی است که آن را به گونه‌ای جبران سازد. مفاد مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.، در هر جا که عسر و حرجی در ادامهٔ زناشویی پیش آید، طلاق را مباح می‌سازد بدین وسیله از آثار نامطلوب اسقاط خیار فسخ می‌کاهد.

۲. به موجب مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی: **«هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود...»** تعیین این اوصاف محدودیت ویژه‌ای در قانون ندارد و ارادهٔ طرفین می‌تواند زمینه را، چنان که می‌خواهند، برای اجرای حکم مادهٔ ۱۱۲۸ فراهم آورد.

۱۶۳. د - شروط مربوط به مهر:

دربارهٔ مهر ارادهٔ دو طرف حکومت بیشتری دارد. برخلاف آنچه بیگانگان می‌پندارند، در حقوق اسلام و ایران، مهر در نکاح دایم نقش مؤثری ندارد. قرارداد مالی است که به عنوان امر فرعی و تبعی با نکاح ارتباط دارد و آثار آن تابع خواست طرفین است. به همین جهت، پاره‌ای از شروط که در نکاح ناروا و باطل است در مهر نفوذ حقوقی دارد:

برای مثال، شرط خیار در مهر مؤثر است و می‌توان برای زن یا شوهر یا شخص ثالث در مدت معین اختیار فسخ قرارداد راجع به مهر را شرط کرد؛ چنان که در مادهٔ ۱۰۶۹ قانون مدنی آمده است که : **«... در نکاح دایم شرط خیار نسبت به صداق جایز است، مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد».**

از مفاد مادهٔ ۱۰۶۹ چنین برمی آید که، هرگاه توافق دربارهٔ مهر به استناد شرط خیار فسخ منحل شود، نکاح در حکم موردی است که بدون مهر واقع شده. پس، زن پس از نزدیکی حق گرفتن مهر را پیدا می‌کند.[1]

این راه حل، با آنچه در مورد بطلان مهرالمسمی گفته شد تعارض پیدا می‌کند. زیرا، در صورتی که قرارداد راجع به مهر فسخ شود، از بین رفتن توافق حداکثر مانند بطلان آن است. در بطلان مهر، دیدیم که نویسندگان قانون مدنی از نظر مشهور در فقه پیروی نکرده‌اند و زن را گاه، بدون شرط نزدیکی، مستحق مهرالمثل و گاه دیگر طلبکار مثل یا قیمت مهر موضوع توافق دانسته‌اند (ش ۹۲، مادهٔ ۱۱۰۰ ق.م.). پس، چگونه می‌توان ادعا کرد که در صورت بطلان مهر، زن پیش از نزدیکی استحقاق گرفتن مهر را دارد؛

---

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۵۲- شیخ محمدحسن نجفی، جواهر، همان کتاب.

ولی، در مورد فسخ مهر، حق او منوط به وقوع نزدیکی است؟

در توجیه این تفاوت ممکن است گفته شود، در موردی که مهرالمسمی به دلیلی باطل است، چون مفاد توافق طرفین این بوده است که نکاح بدون مهر انجام نشود، قانونگذار بر این تبانی، هرچند که در مورد مهر معین نتواند نفوذ حقوقی پیدا کند، احترام گذارده و نکاح را در حکم موردی نیاورده است که بدون مهر واقع شده. ولی، جایی که طرفین برای انحلال مهر شرط خیار کرده‌اند، در قصد مشترک آنان (به ویژه زن) این فرض نیز آمده است، که در صورت استفاده از خیار، نکاح بدون مهر باقی بماند.

لیکن، باید انصاف داد که این توجیه نیز منطقی به نظر نمی‌رسد. زیرا، پیش بینی فسخ مهر به معنی توافق دربارهٔ نکاح بدون مهر نیست. به طور مسلم، طرفین خواسته‌اند که مهرالمسمی در عقد معین شود و در آنچه جازم نبوده‌اند موضوع این مهر است. شرط خیار نیز برای این است که صاحب خیار بتواند تملیک آن مال را به عنوان مهر المسمی برهم زند و به جای آن مالی را که استحقاق دارد بگیرد. پس، در مورد فسخ نیز، مانند بطلان مهر، طرفین خواسته‌اند که نکاح با مهر باشد و توافق دربارهٔ موضوع معین منحل شده است.

برای جمع دو حکم، باید گفت، مقصود از بخش اخیر مادهٔ ۱۰۶۹ این است که هیچ مالی را نمی‌توان، به استناد توافق طرفین، مبنای تعیین مهر قرارداد و ناچار باید مهرالمثل را جانشین مهرالمسمی کرد. منتها، چنان که در مادهٔ ۱۱۰۰ آمده است استحقاق گرفتن این مهر المثل منوط به وقوع نزدیکی نیست.

۱٦٤. شرط صفت در مهر:

هرگاه وصف معینی در مهر شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که آن وصف در مهر نبوده است، کسی که شرط به سود او شده است حق دارد توافق دربارهٔ مهر را فسخ کند (مادهٔ ۲۳۵ ق.م.). برای مثال، فرض کنیم گلوبند طلایی که مرد ادعا می‌کند ۱۸ عیار است به عنوان مهر از طرف او پیشنهاد می‌شود. زن این مهریه را، به این شرط که طلای آن ۱۸ عیار باشد، می‌پذیرد. ولی، بعد از عقد معلوم می‌شود که طلا چهارده عیار است و زن، به استناد خیار تخلف از شرط صفت، مهر را فسخ می‌کند و گلوبند را پس می‌دهد. اکنون باید دید زن استحقاق گرفتن چه مالی را به عنوان مهر دارد؟

مهرالمثل یا قیمت یا مثل گلوبند؟

بی‌گمان مبنای طرفین این نبوده است که نکاح به تفویض و بدون مهر انجام شود. پس، اگر قضیه را در حکم موردی پنداریم که نکاح بدون مهر واقع شده است، ارادهٔ مشترک آنان را ندیده گرفته‌ایم. احترام به این اراده ایجاب می‌کند که به مجرد نکاح زن مستحق مهری بشود و میزان آن نیز از آنچه موضوع توافق بوده است زیاد و کم نباشد.

مفاد قرارداد طرفین این بوده است که گلوبندی به وزن و ساخت و عیار معین موضوع مهر باشد. بنابراین، در فرض ما، که گلوبند پیشنهاد شدهٔ مرد اوصاف موردنظر را نداشته است، بایستی بدل آن را جانشین کرد. در صورتی که گلوبند موصوف مثلی باشد، مثل آن مناسب‌ترین بدل است و هر گاه مثل آن پیدا نشود ناچار قیمت گلوبند بدل آن است. به همین دلیل است که در مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی، هرگاه مال غیر به عنوان مهر معین شود و مالک آن را تنفیذ نکند، مثل یا قیمت آن مال بدل مهر مورد توافق می‌شود.

گفتار دوم: شروط ناظر به امور خارجی

۱٦۵. اقسام این شروط:

در آغاز این مبحث گفته شد که گاه منظور از شروطی که ضمن نکاح می‌شود دگرگون ساختن آثار و احکام آن نیست. زن و شوهر به دلایلی لازم می‌دانند که پاره‌ای از التزام‌های خود را در برابر یکدیگر تابع نکاح قرار دهند. این امور، گاه مربوط به شیوهٔ زندگی زناشویی و سلوک طرفین با هم است و گاه ناظر به کارهایی است که به زندگی مشترک آنان نیز ارتباط ندارد، ولی وصف مشترک هر دو گروه این است که به طور مستقیم به انعقاد یا آثار عقد ناظر نیست.

برای این گونه شروط مانندهای فراوان وجود دارد: چنان که مرد تعهد می‌کند که زن دیگر اختیار نکند، یا به زن وکالت می‌دهد که هر گاه تا دو ماه به او نفقه ندهد یا خانواده‌اش را ترک گوید زن وکیل در طلاق دادن خود باشد، یا تعهد می‌کند که املاک همسر خود را در برابر دستمزد ناچیزی اداره کند...

قواعد عمومی مربوط به نفوذ و ضمانت اجرای این شروط را باید در کلیات

قراردادها مطالعه کرد.[1] ولی، این قواعد در پاره‌ای امور، به لحاظ طبیعت ویژهٔ نکاح، خصوصیت‌هایی پیدا می‌کند که باید جداگانه بررسی شود. همچنین، نفوذ و آثار بعض از شرایط وابسته به اجرای احکام مربوط به خانواده است و از این لحاظ در زمرهٔ مسایل ویژهٔ آن قرار می‌گیرد.

۱٦٦. ضمانت اجرای تخلف از این شروط:

تخلف از شرط، خواه مربوط به وصف مورد معامله یا انجام دادن کار معین (فعل) یا به دست آمدن نتیجهٔ مورد نظر باشد، سرانجام به مشروط له حق می‌دهد که برای جبران زیان خویش عقد اصلی را فسخ کند (مواد ۲۳۵، ۲۳۹، ۲٤۰، ۲٤۲ و ۲٤۳ ق.م.). این ضمانت اجرا در مورد شرط صفت در یکی از زوجین پذیرفته شده است؛ چنان که مادهٔ ۱۱۲۸ ق.م. مقرر می‌دارد: **«هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود...»** ولی آیا، به قیاس شرط صفت، می‌توان ادعا کرد که تخلف از شرط فعل و نتیجه نیز، در حدود قواعد عمومی و در همان شرایط، برای کسی که شرط به سود او است حق فسخ می‌آورد؟

نویسندگان حقوق مدنی به حق پاسخ منفی به این پرسش داده‌اند.[2] در تأیید این نظر، چنان که در شروط مربوط به انحلال نکاح آمد (ش۱٦۲)، باید گفت «سازمان حقوقی خانواده» را تنها به حکم قانون و در موارد خاص می‌توان از بین برد و حاکمیت اراده در این زمینه استثنایی است.

۱٦۷. وکالت زن در طلاق؛ سابقهٔ تاریخی :

به موجب مادهٔ ۱۱۱۹ ق.م.: **«طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل این که شرط شود، هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه زن سوءقصد کند و یا سوءرفتاری نماید که زندگی آنها با یکدیگر غیر قابل**

---

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۸۸ به بعد.

۲. دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص۳۲۷ و ۳۷۳ .

تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که، پس از تحقق اثبات شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد».[1]

اجرای این ماده، پیش از تصویب قانون حمایت خانواده، با اشکال عمده‌ای روبه‌رو نبود. زیرا، به موجب مادهٔ ۱۱۳۳ قانون مدنی، شوهر حق داشت هر گاه بخواهد زن خود را طلاق دهد و می‌توانست برای این حق خویش وکیل بگیرد. پس از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴٦، این پرسش به میان آمد که آیا مادهٔ ۱۱۳۳ نسخ ضمنی شده و دیگر شوهر اختیار طلاق دادن زن را ندارد یا این حق همچنان باقی است؟

پرسش یاد شده از این لحاظ به مادهٔ ۱۱۱۹ ارتباط پیدا می‌کند که، در مادهٔ ۱۷ قانون حمایت خانواده، آمده بود که: «مقررات مادهٔ ۱۱ (موجبات درخواست طلاق) به صورت شرایط ضمن‌العقد در ورقهٔ عقد ازدواج قید و در این موارد وکالت زن برای اجرای طلاق تصریح خواهد شد». پس، مخالفان نسخ ضمنی مادهٔ ۱۱۳۳ استدلال می‌کردند که «به نظر قانون گذار مرد حق طلاق دادن زن را دارد و از این به بعد بایستی او را نمایندهٔ خود سازد، تا در موارد مقرر در مادهٔ ۱۱، بتواند به وکالت از طرف شوهر خود را طلاق دهد. زیرا، چگونه ممکن است کسی که خود حقی ندارد بتواند برای اجرای آن به دیگری وکالت دهد».[2] ولی، آنان که مادهٔ ۱۱۳۳ را نسخ شده می‌پنداشتند، ادعا می‌کردند که شوهر تنها در حدود مادهٔ ۱۱ اختیار طلاق دارد و در همان موارد به زن وکالت می‌دهد تا طلاق صورت شرعی بیابد.[3]

قانون حمایت خانوادهٔ ۱۳۵۳ به این گفتگوها پایان داد. زیرا مفاد مادهٔ ۱۷ را در قانون جدید نیاورد: قانونگذار دیگر خود را نیازمند به تظاهر احترام به قواعد شرعی نیز ندید و در موجبات طلاق اشاره به قانون مدنی را لازم نشمرد.

ولی، مفاد مادهٔ ۹ همین قانون، بحث مربوط به حدود اختیار شوهر در وکالت دادن به زن را به گونه‌ای دیگر مطرح ساخت. بر طبق این ماده: «در مورد مادهٔ ٤ قانون

---

۱. مفاد این مادهٔ در مادهٔ ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ نیز آمده است که با پاره‌ای تغییرهای مختصر، مانند افزودن «نگرفتن» در آغاز ماده و تغییر حکم قطعی به حکم نهایی در پایان مادهٔ ۱۱۱۹ قانون مدنی تکرار شده است.

۲. ناصر کاتوزیان، پلی کپی درس حقوق مدنی سال دوم دانشکدهٔ حقوق دانشگاه ملی ایران، ص ۱۵۷ .

۳. سید حسین صفایی، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ص۱۶۰ . ولی، در پاسخ استدلال یاد شده این سؤال پیش می‌آید که، شرطی که به اجبار و بدون رضای زوج در نکاح‌نامه نوشته می‌شود، از نظر شرعی چه ارزشی می‌تواند داشته باشد (ناصرکاتوزیان، همان پلی کپی) .

ازدواج، هرگاه یکی از طرفین عقد بخواهد از وکالت خود در طلاق استفاده نماید، باید طبق مادهٔ قبل به دادگاه مراجعه کند و دادگاه، در صورت احراز تخلف شرط، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد».

در اصلاح تازهٔ قانون حمایت خانواده دیگر تردیدی وجود نداشت که انحلال «ساختمان حقوقی» خانواده تنها به حکم دادگاه و در حدود موارد پیش بینی شده در قانون امکان دارد و شوهر حقی خارج از آن ندارد. موجبات طلاق نیز در مادهٔ ۸ قانون برای زن و شوهر مقرر شده بود. پس، این پرسش مطرح می‌شد که حکم مادهٔ ۹ دیگر چه فایده‌ای دارد و منظور از اشارهٔ آن به مادهٔ ٤ قانون ازدواج چیست؟

آیا می‌توان ادعا کرد که شوهر همچنان می‌تواند به زن خود وکالت در طلاق دهد و نفوذ این شرط تابع قرارداد آنان است یا باید آن را محدود به موارد مقرر در مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده کرد[1].

پاره‌ای از نویسندگان، با این که حق طلاق را از آن شوهر نمی‌دانستند، عقیده داشتند که اگر شوهر به زن وکالت دهد که در صورت تحقق شرط خاصی خود را طلاق دهد، این وکالت نافذ است، هر چند که آن شرط در قانون پیش بینی نشده باشد.

در تأیید این نظر استدلال شده است که، هرگاه امکان وکالت دادن به زن محدود به مواردی شود که در مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده پیش بینی شده است دیگر مادهٔ ۹ هیچ فایده‌ای ندارد. پس، برای این که کار عبث به قانونگذار نسبت داده نشود، ناچار باید گفت، این شرط یکی از موجبات طلاق در حقوق جدید است. ولی، در نخستین چاپ همین کتاب به شدت از این نظر انتقاد شد و، با توجه به محدودیت‌های شوهر (موکل) در دادن طلاق و بر پایهٔ این اصل که محروم از حق نمی‌تواند اعطاکنندهٔ آن باشد، چنین نتیجه گرفته شد که وکالت در طلاق محدود به موارد پیش بینی شده و مجاز در مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده است و فراتر از آن نامشروع است.[2]

۱٦۸. حقوق کنونی :

تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب مهر ماه ۱۳۵۸ مقرر می‌دارد: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده، ولی

---

۱. همین کتاب، چاپ نخست، ش ۱۴۹ .

۲. چاپ نخست، ش ۱۴۹.

در مواردی که شوهر به استناد مادهٔ ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند، دادگاه بدواً... موضوع را به داوری ارجاع می‌کند...». بنابراین، قانون حمایت خانواده در مورد محدود بودن حق طلاق شوهر نسخ ضمنی شده است. آنچه گذشت و در زمان خود بحثی جالب و دقیق بود، اکنون تنها جنبهٔ تاریخی دارد. زیرا، در قانون کنونی شوهر حق طلاق دارد و می‌تواند بر این پایه به زن خود وکالت دهد. وانگهی، با حفظ مادهٔ ۱۱۱۹ ق.م. در تجدیدنظر سال ٦١، دیگر هیچ تردیدی در نفوذ و اعتبار این ماده باقی نمی‌ماند.

تنها بحث مهمی که در وضع کنونی مطرح می‌شود این است که، آیا امکان وکالت دادن به زن محدود به نمونه‌های پیش بینی شده در قانون و مانند آنها است و بایستی پس از تحقق شرط در دادگاه و صدور حکم نهایی مورد استفاده وکیل قرار گیرد، یا شوهر می‌تواند به زن وکالت دهد تا بدون تعلیق بر هیچ شرطی و هر زمان که بخواهد خود را طلاق دهد؟

این نکته مسلم است که آنچه در مادهٔ ۱۱۱۹ ق.م. به عنوان شرط تحقق وکالت آمده است (مانند زن گرفتن و غیبت و ترک انفاق) نمونه و مثال است و جنبهٔ انحصاری ندارد، ولی آیا نمی‌توان از این نمونه‌ها قاعده‌ای استخراج کرد و وکالت در طلاق را محدود به رعایت آن قاعده ساخت؟

تأمل در مثال‌ها نشان می‌دهد که همه ناظر به مواردی است که زندگی زناشویی را برای زن دشوار می‌سازد و برای او عسر و حرج به وجود می‌آورد. پس، ممکن است ادعا شود که امکان وکالت دادن به زن برای طلاق محدود به مواردی است که اجرای آن معلق به اثبات ضرر و حرج در ادامهٔ زندگی مشترک باشد و دادگاه با احراز این امر (به موجب حکم نهایی) زن را وکیل در طلاق شناسد، خواه موجب عسرت در قانون آمده باشد یا از مانندهای آن به شمار آید.

این تحلیل رنگی از حقیقت را دارد و به طور معمول سخن از جدایی زمانی مطرح می‌شود که ادامهٔ زناشویی دشوار باشد. لیکن، آنچه نباید از نظر دور بماند این است که موجب عسر و جرح در توکیل برای طلاق جنبهٔ نوعی و عرفی ندارد و زن و شوهر می‌توانند هر اتفاقی را که مایلند شرط تحقق وکالت قرار دهند. در واقع بر رابطهٔ آنان در این وکالت، تراضی و قرارداد حکومت می‌کند نه قانون و عرف، و گرنه، بر این وکالت و حکم مادهٔ ۱۱۱۹ فایده‌ای بار نمی‌شود و حقی افزون بر مادهٔ ۱۱۳۰ برای زن به وجود نمی‌آورد. زیرا، «عسر و حرج» به حکم قانون سبب ایجاد حق طلاق می‌شود و نیازی به

وکالت شوهر ندارد.

بدین ترتیب، اگر پذیرفته شود که انتخاب شرطی که اجرای طلاق منوط به تحقق آن است در اختیار طرفین قرار دارد، منطق حکم می‌کند که دادن وکالت به طور مطلق نیز مجاز باشد. زیرا، فرض این است که، در انتخاب شرط، دو طرف هیچ محدودیتی ندارند و می‌توانند آن را تا هر اندازه بخواهند گسترش دهند و، برای مثال، اجرای وکالت را موکول به احساس بی‌میلی و تنفر در خود یا گذشتن مدت معین سازند؛ اموری که نیازی به اثبات در دادگاه ندارد. تفاوت این گونه وکالت‌های مشروط با وکالت مطلق تنها جنبهٔ نظری دارد وباید آنها را تابع یک حکم قرار داد.[۱]

با وجود این، چون به موجب تبصرهٔ ٤ مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص، زوج نمی‌تواند بدون اجازهٔ دادگاه و پیش از رجوع اختلاف به داوری زن خود را طلاق دهد، وکیل او نیز چنین اختیاری ندارد، خواه وکیل شخص زوجه باشد یا بیگانه. هر قرارداد خصوصی که زن را از رجوع به دادگاه و تحصیل اذن آن مقام پیش از داوری معاف کند، برخلاف قانون و نظم عمومی خانوادگی است و اعتبار ندارد. زنی که وکالت در طلاق دارد، حتی در صورتی که به هنگام وقوع طلاق شوهر نیز با او همداستان باشد از رجوع به دادگاه و تحصیل گواهی بی‌نیاز نیست.

۱٦۹. شرط ناظر به خودداری از اختیار همسر دیگر:

در فقه امامیه، زن و شوهر نمی‌توانند شرط کنند که مرد حق ندارد، تا زمانی که نکاح باقی است، زن بگیرد.[۲] پاره‌ای از نویسندگان حقوق مدنی نیز این توافق را در زمرهٔ شروط نامشروع آورده‌اند.[۳] ولی، بعض دیگر خواسته‌اند از مبانی قانون حمایت خانواده برای نفوذ این شرط محملی بیابند و آن را به عنوان وسیلهٔ جلوگیری از تعدد زوجات الزام آور شناسند.

در تأیید این نظر گفته شده است که، هدف قانونگذار کنونی محدود ساختن

---

۱. شعبهٔ ۱۰۵ دادگاه عمومی تهران (مدنی خاص) در حکم شمارهٔ ۱۰٦-۶۲/۱۲/۲۱ ظاهراً وکالت عام شوهر را مستند صدور اذن به دادن طلاق کرده است.

۲. «اذا شرط فی العقد ما یخالف المشروع مثل اشتراط ان لا یتزوج علیها ...بطل الشرط اتفاقاً کما فی کشف اللثام...» (جواهر، کتاب نکاح - مسالک، ج ۱، ص ۵۴۹ - قواعد، ج ۲، ص ۳۸ - سبزواری، کفایه، ص۱۸۴)ـ برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به، سیدمحسن حکیم، منهاج الصالحین، ص ۱۹۴، مسألهٔ ۳.

۱. سیدحسن امامی، ج ۴، ص ۳۶۶.

مواردی است که شوهر می‌تواند زن دوباره بگیرد. پس، اگر زن و شوهر با قرارداد خصوصی میان خود به تحقق این هدف کمک کنند، نمی‌توان ادعا کرد که خواستهٔ ایشان با نظم عمومی مخالف است. به اضافه، چون سلب حق مربوط به ازدواج مجدد محدود به زمانی است که نکاح کنونی منحل نشده است، توافق در این باره با مفاد مادهٔ ۹۵۹ قانون مدنی که سلب حق به طور کلی را منع کرده است منافاتی ندارد.[۱]

این استدلال از دو جهت قابل انتقاد است :

۱. بر طبق مادهٔ ۹۵۹ ق.م.: **«هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».** در این نکته تردید نیست که آنچه را قانون منع می‌کند سلب حق به طور کلی است نه جزئی. پس، اگر موکلی حق عزل وکیل خود را سلب کند یا در قراردادی حق خیار یکی از طرفین یا هر دو ساقط شود، شرط الزام آور است.[۲] ولی، این پرسش باقی است که آیا مفاد شرط، به گونه‌ای که طرح شده، سلب حق به طور جزیی است؟

یکی از راه‌های جزئی کردن اسقاط حق محدود ساختن آن به زمان معین است. هیچ چیز در جهان مادی پایدار و دایمی نیست، لیکن در زبان حقوقی امری را موقت و ناپایدار می‌شماریم که بنا بر متعارف و سیر طبیعی امور تا پایان عمر به درازا نکشد و محدود به زمان معین باشد.[۳]

نکاح دایم از این گونه امور نیست و شرط ضمن آن را نیز عرف موقت نمی‌شناسد. بنابراین، چگونه می‌توان ادعا کرد که، چون سلب حق محدود به زمانی است که نکاح منحل نشده است، باید آن را جزئی به شمار آورد؟

۲. با این که قانون حمایت خانواده اختیار مرد را در تعدد زوجات محدود ساخته است، در مادهٔ ۱٦ این نهاد حقوقی به عنوان یک راه حل استثنایی حفظ شده است. در همین موارد استثنایی، انتخاب همسر دوم در زمرهٔ حقوق مدنی شوهر است و نمی‌تواند به طور کلی از او گرفته شود.

به اضافه، از تحلیل موردی که اختیار همسر دوم مباح شناخته شده است به خوبی بر می‌آید که قانونگذار خواسته است بدین وسیله از انحلال نکاح نخست جلوگیری

---

۱. سیدحسین صفایی، همان پلی کپی، ص ۴۷ .

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش ۳۹.

۳. ناصر کاتوزیان، همان کتاب - میرزا نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۰۵ .

کند: در مواردی که شوهر می‌تواند برای طلاق زن به دادگاه رجوع کند، به او اجازه داده شده است که همسر دیگر بگیرد و خانوادهٔ کنونی را منحل نسازد (ش ٦٧).

از بین بردن این وسیله، تمهیدی را که قانون گذار برای حمایت خانواده اندیشیده است بی اثر می‌سازد و از این لحاظ مخالف نظم عمومی است.

بنابراین، اگر شوهری که ضمن نکاح حق زن گرفتن مجدد را از خود سلب کرده یا ملتزم شده است که هیچ گاه از این حق استفاده نکند، به استناد جنون یا عقیم بودن زن، درخواست اجازه برای اختیار همسر دوم بکند، دادگاه نمی‌تواند از اجرای مادهٔ ١٦ قانون حمایت خانواده خودداری کند و مفاد قرارداد طرفین را حاکم بر آن بشناسد.[1]

۱۷۰. شرط اشتراک دارایی:

شرط مربوط به اشتراک زن و شوهر در دارایی آیندهٔ خانواده، در هیچ متنی از قوانین مباح شناخته نشده و در عرف اجتماعی و مذهبی ما پیشینه‌ای ندارد. تمهیدی است اداری که برای حمایت از حقوق زن و جبران کاستی‌های قانون در این زمینه اندیشیده‌اند. پس، آوردن مضمون این شرط در قباله‌های نکاح، دلیل بر نفوذ آن در حقوق کنونی نیست؛ تقلیدی ناشیانه از قانون خارجی است که به نظر می‌رسد مادهٔ نزاعی تازه در خانواده‌ها به وجود آورد. هیچ کس منکر ضرورت حمایت از حقوق زن در دارایی خانواده نیست، ولی این حمایت باید به گونه‌ای انجام شود که با عادات و رسوم و بافت اجتماعی ما سازگار باشد و مفسده‌ای به بار نیاورد. اشتراک دارایی زادهٔ تاریخ حقوق و شیوهٔ زندگی در خانواده‌های غربی است و دشواری‌های گوناگون حقوقی و اجتماعی دربارهٔ اداره و تصفیهٔ این شرکت پیچیده به وجود می‌آورد: نگاهی گذرا به حقوق خانواده در فرانسه نشان می‌دهد که اشکال مربوط به دارایی خانواده و تصفیهٔ آن از جمع مسائل مربوط به نکاح و طلاق و سرپرستی کودکان بیشتر است؛[2] مشکلی که تاکنون از آن فارغ بوده‌ایم و با پیش‌بینی شرط اشتراک در قباله‌ها به استقبال

---

۱. این استدلال، در صورتی مورد پیدا می‌کند که مادهٔ ۱۶ حمایت خانواده معتبر شناخته شود و هدف از تنظیم آن درتفسیر قواعد مؤثر باشد، وگرنه، همان استدلال نخست برای نامشروع بودن شرط کافی است.

۲. از دورهٔ چهارده جلدی رسالهٔ حقوق مدنی فرانسهٔ پلنیول و ریپر، دو مجلد آن به نظام مالی خانواده اختصاص دارد (ج ۸ و ۹ نوشته بولانژه)، در حالی که تمام قواعد حاکم بر نکاح و طلاق و نسب و فرزند خواندگی در یک مجلد (ج ۲ به وسیله رواست Rouast) مطرح شده است.

آن می‌رویم تا همرنگ جماعت باشیم.

به هر حال، نه تنها نفوذ شرطی که موضـوع آن در آینـده مجهـول و مـبهم اسـت و شرکتی که بر سرمایهٔ نامعلوم و احتمالی تشکیل می‌شود تردید برانگیز اسـت و نیـاز بـه نهاد حقوقی تازه و سازمان یافتهٔ قانونی دارد، باید قواعد آن به گونه‌ای تنظـیم شـود کـه پنهان کاری و تصنع را در خانواده‌ها دامن نزند و نظم این کانون را فدای اجرای عدالت در آن سازد.

بخش دوم

انحلال نکاح؛ طلاق

انحلال نکاح

مقدمه

۱۷۱. اسباب انحلال:

به موجب مادهٔ ۱۱۲۰ قانون مدنی: ***«عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود»***. بر این موجبات باید فوت یکی از دو همسر را نیز افزود: نکاح پیوند میان زنده‌ها و از عقودی است که به مناسبت شخصیت زن و شوهر بسته می‌شود. آثار این پیمان نیز محدود به رابطهٔ آنهاست و پس از فوت به ارث منتقل نمی‌شود.

انحلال نکاح به سبب فوت یکی از همسران، به اندازه‌ای طبیعی است که، نه تنها در فوت حقیقی، در موت فرضی نیز مسلم به نظر می‌رسد. در صورتی که شوهر غایب مفقودالاثر باشد و از غیبت او چندان بگذرد که دادگاه حکم موت فرضی غایب را صادر کند، با صدور حکم، نکاح خود به خود منحل می‌شود و زن می‌تواند پس از گذشتن عدهٔ وفات، شوهر دیگر انتخاب کند.

گذشته از این موارد، نکاح در اثر لعان و کافر شدن شوهر زن مسلمان یا اسلام آوردن زن کافر نیز منحل می‌شود. ولی، چون کفر و لعان در موانع نکاح آورده شد، در این فصل تنها از فسخ و طلاق و بذل مدت بحث خواهد شد.

۱۷۲. تفاوت انحلال و بطلان نکاح:

در مواردی که بطلان نکاح اعلام می‌شود، حکم بطلان نشان می‌دهد که، به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی یا وجود یکی از موانع نکاح، هیچ رابطهٔ حقوقی بین طرفین ایجاد نشده است و بر آنچه به ظاهر واقع شده اثری بار نیست. زیرا، عقد باطل در نظر قانون وجود خارجی ندارد و مانند این است که هیچ پیمانی بین زن و مرد امضا نشده است.

ولی، انحلال نکاح در موردی است که، عقد با تمام شرایط لازم به وجود می‌آید و آثار نکاح درست را نیز به جا می‌گذارد و پس از مدتی منحل می‌شود. در این فرض، رابطهٔ زن و شوهر در دورانی که با هم به سر برده‌اند مشروع است و فرزندانشان نسب درست دارند.

با وجود این، اگر زن و مردی به اعتقاد درست بودن نکاح زناشویی کنند، قانونگذار به حسن نیت آنان احترام می‌گذارد و بر این رابطه آثار نکاح مشروع را بار می‌کند، هر چند که نکاح در واقع درست نباشد: فرزندان ناشی از این رابطهٔ نادرست منسوب به پدر و مادر خویش هستند، و نفقه‌ای که زن از این بابت به دست آورده است به خود او تعلق دارد. ولی، این وضع تا زمانی ادامه دارد که زن وشوهر به خطای خود آگاه نیستند. از تاریخ آگاه شدن به بطلان، ادامهٔ زناشویی تجاوز به قانون و ممنوع است و بطلان نکاح همهٔ آثار متعارف خود را دارد.

۱۷۳. تقسیم مطالب:

گفته شد که نکاح به یکی از این چهار سبب منحل می‌شود۱:) فسخ ۲) طلاق ۳) بذل مدت ٤) فوت.

فوت یکی از زوجین، جز در مورد عِدّه، حکم خاصی ندارد و آثار فوت فرضی را نیز باید در بخش مربوط به غایب مفقودالاثر دید. پس، آنچه در این فصل مطرح می‌شود فسخ نکاح و طلاق و بذل مدت است.

منتها، در اثر انحلال نکاح، زن یکباره از قیود آن آزاد نمی‌شود و برای نکاح دوباره باید مدتی صبر کند. این مدت را عده (به کسر عین) می‌نامند و باید شرایط و آثار آن و وضع حقوقی زن در این دوران جداگانه مطرح شود. بنابراین، انحلال نکاح را در چهار فصل مطالعه می‌کنیم:

۱. فسخ؛
۲. طلاق؛
۳. بذل مدت؛
٤. عده؛

فصل اول

فسخ نکاح

مبحث اول: مبنا و ماهیت حقوقی

۱۷٤. مبنای فسخ نکاح :

نکاح عقد است و باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد، ولی آثار آن را قانون معین می‌کند و در این زمینه حاکمیت اراده نقش مهمی ندارد. به همین جهت هم قواعد عمومی معاملات را تا جایی می‌توان در نکاح اعمال کرد که با طبیعت ویژهٔ آن سازگار باشد. در سایر قراردادها، برای جلوگیری از ضرر طرفین، قانونگذار در پاره‌ای موارد به زیان دیده اختیار فسخ معامله را می‌دهد. این اختیار را در زبان حقوقی «خیار فسخ» می‌نامند: مانند خیار غبن، خیار تدلیس، خیار عیب، خیار شرط... و امثال اینها.

همهٔ این خیارات در نکاح وجود ندارد. برای مثال، زن و شوهر نمی‌توانند به استناد مغبون شدن در مهر پیمان راجع به میزان مهر یا نکاح را فسخ کنند، یا در نکاح برای خود یا دیگران شرط خیار قرار دهند. ولی، پاره‌ای از آنها، که با طبیعت اجتماعی نکاح سازگار می‌نموده، در این عقد نیز پذیرفته شده است. قانونگذار، به خاطر حفظ حقوق فردی و تأمین سلامت ارادهٔ زوجین، نکاح را در مورد عیب و تدلیس و تخلف از شرط صفت قابل فسخ اعلام کرده است.

در شرایط اساسی نکاح آمد که اشتباه در شخصیت طرف هنگامی در عقد مؤثر است که مادی باشد: یعنی شخص با کسی نکاح کند که مقصود او نبوده است. ولی، اشتباه در اوصاف همسر، هر چند که محرک اصلی عقد باشد، در نفوذ آن اثر ندارد.

قانون مدنی، اشتباه در اوصاف طرف عقد را از عیوب اراده نشمرده ولی به آن نیز بی‌اعتنا نمانده است، زیرا کسی که از این راه ضرر می‌بیند حق دارد نکاح را بر هم زند.

۱۷۵. ماهیت و شرایط وقوع فسخ:

فسخ نکاح تنها به ارادهٔ صاحب حق واقع می‌شود و نیازی به رضای طرفین ندارد، یعنی در زمرهٔ ایقاعات است نه قراردادها. فسخ کننده باید اهلیت داشته باشد، و به همین دلیل فسخ نکاح مجنون با ولی و قیم او است (مستفاد از مادهٔ ۱۱۳۷ ق.م.).

برای فسخ نکاح انجام تشریفات خاص و رجوع به دادگاه لازم نیست و با تصمیم صاحب حق واقع می‌شود. منتها، باید دانست که ارادهٔ باطنی، تا زمانی که به وسیله‌ای اعلام نشده است، هیچ اثری در انحلال نکاح ندارد. حقوق تنها به پدیده‌های اجتماعی می‌پردازد، و اگر گاه به نیت اشخاص نیز توجه می‌کند در ارزیابی وسایلی است که برای اعلام اراده به کار می‌رود و اثری است که ارادهٔ باطنی در مظاهر خارجی آن دارد. پس، تا زمانی که ارادهٔ باطنی اعلام نشود، هیچ عمل حقوقی واقع نمی‌شود و اثری در جهان حقوق ندارد، چنان که مادهٔ ٤٤٩ قانون مدنی اعلام می‌کند: **«فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود»**.

مقصود از لزوم اعلام اراده این نیست که فسخ به آگاهی طرف عقد برسد و از آن تاریخ واقع می‌شود. همین که صاحب حق به وسیله‌ای تصمیم خود را بیان کند، نکاح منحل می‌شود، خواه طرف عقد به آن عالم یا جاهل باشد.[1]

با وجود این، برای احراز انحلال نکاح، مدعی فسخ باید در دادگاه اقامهٔ دعوا کند و حق خود را در این باب، به استناد وجود یکی از موجبات فسخ، اثبات کند. ولی، این حکم جنبهٔ اعلامی دارد و فقط نشان می‌دهد که فسخ مورد گفتگو درست بوده است یا نه و از چه تاریخی واقع شده است؟

برای مثال، فرض کنیم همسر مرد دیوانه‌ای اعلام می‌کند که حاضر به ادامهٔ زندگی زناشویی با او نیست و از خانهٔ او می‌رود. اگر مرد دیوانه باشد، فسخ از تاریخ اعلام واقع می‌شود. ولی، برای اثبات جنون شوهر و این که زن حق داشته است نکاح را بر هم زند، باید در دادگاه اقامهٔ دعوا شود. دادگاه، پس از رسیدگی اعلام می‌کند که اقدام

---

۱. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ش ۱۳۵.

زن در فسخ درست بوده است یا نه، و در صورتی که درست بوده از چه تاریخی انجام شده است؟

با این ترتیب، رجوع به دادگاه از شرایط احراز حق فسخ و اثبات انحلال نکاح است نه از ارکان وقوع آن. در موردی هم که زن به سبب ناتوانی جنسی مرد عقد را فسخ می‌کند، احراز این حق موکول به رجوع به دادگاه است. (شق ۲ مادهٔ ۱۱۲۲ ق.م.).

۱۷۶. تفاوت فسخ نکاح و طلاق:

فسخ نکاح و طلاق از جهات گوناگون با هم شباهت دارند: در هر دو مورد نکاح منحل می‌شود و این انحلال به گذشته اثر ندارد، عدهٔ فسخ نکاح و طلاق برابر است، هر دو ایقاع است، و احکام مهر در آن دو حال شباهت دارد. با وجود این، نباید ماهیت حقوقی آنها را برابر شمرد. فسخ نکاح و طلاق دو «نهاد حقوقی» مستقل و جدا است و هر کدام آثار و شرایط خاص دارد. توجه به نکات زیر تفاوت این دو را به خوبی روشن می‌کند:

۱. طلاق عمل حقوقی است که تحقق آن منوط به رعایت تشریفات خاص است: طلاق باید به صیغهٔ خاص و با حضور دو مرد عادل واقع شود. ولی فسخ نکاح تشریفات خاص ندارد و تنها به ارادهٔ صاحب حق انجام می‌شود.

۲. طلاق در صورتی درست است که شرایط خاصی در زن موجود باشد، ولی به موجب مادهٔ ۱۱۳۲ ق.م. رعایت این ترتیب در فسخ نکاح شرط نیست. برای مثال، طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس درست نیست، در حالی که فسخ نکاح در این دوران نیز ممکن است (مادهٔ ۱۱٤۰ ق.م.).

۳. پیش از وقوع طلاق باید از دادگاه حکم یا اذن گرفته شود، ولی فسخ نیاز به این اقدام ندارد. در فسخ نکاح، رسیدگی دادگاه محدود به احراز وجود حق فسخ است و وظیفه‌ای در باب اصلاح بین زوجین و ارجاع به داوری ندارد و تصمیم او در هر حال به صورت حکم یا قرار صادر می‌شود.

٤. در طلاق رجعی، شوهر می‌تواند در زمان عده به نکاح رجوع کند، اما در فسخ نکاح رجوع امکان ندارد. در مورد فسخ، انحلال نکاح کامل است و به طور قطع بین طرفین جدایی می‌افتد و تشکیل دوبارهٔ خانواده جز با نکاح جدید ممکن نیست.

۵. در صورتی که مرد پیش از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر است (مادهٔ۱۰۹۲ ق.م.) و اگر مهر در عقد معین نشده باشد، زن می‌تواند «مهرالمتعه» بخواهد. ولی **«هر گاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود، زن حق مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد، که در این صورت با وجود فسخ نکاح، زن مستحق نصف مهر است»** (مادهٔ ۱۱۰۱).

٦. فسخ نکاح، هر چند بار که بین زن و مردی اتفاق افتد، ایجاد حرمت نمی‌کند.

۷. طلاق مخصوص نکاح دایم است، ولی موارد فسخ نکاح در دایم و منقطع یکسان است (مادهٔ ۱۱۵۲ و ۱۱۵۳ ق.م.).[1]

۸ طلاق عمل حقوقی است که به وسیلهٔ شوهر یا نمایندهٔ قانونی او (دادگاه) انجام می‌شود، در حالی که فسخ ممکن است به وسیله شوهر یا زن واقع شود.

مبحث دوم: موجبات فسخ نکاح

۱۷۷. خیارات قابل اجرا در نکاح:

چنان که اشاره شد، نکاح به وسیلهٔ یکی از این خیارات قابل فسخ است: ۱) عیب ۲) تدلیس ۳) تخلف از شرط صفت. در میان اینها نیز، خیار عیب مورد استعمال و اهمیت بیشتر دارد، و، به همین جهت، بخش مهمی از مقررات مربوط به فسخ نکاح راجع به اعمال این خیار است.

از طرف دیگر، موارد اعمال خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت به هم نزدیک است و قانون مدنی هم آنها را ضمن مادهٔ ۱۱۲۸ یکجا مقرر کرده است. پس، موجبات فسخ نکاح را زیر دو عنوان ۱) خیار عیب ۲) تدلیس و تخلف از شرط صفت، مطالعه می‌کنیم.

---

۱. بعضی از استادان اعتقاد دارند که، چون در فقه امامیه در نکاح منقطع شوهر الزامی نسبت به نزدیکی با زن ندارد، عنن و خصاء و مقطوع بودن آلت تناسلی از عیوب مرد به شمار نمی‌آید و زن در این گونه امور و همچنین در مورد عنن حق فسخ نکاح را ندارد (امامی، ج ۵، صص ۱۱۶ و ۱۲۱)، ولی این نظر با ظاهر مواد یاد شده منافات دارد.

گفتار نخست: خیار عیب

۱۷۸. خصوصیت عیب در نکاح :

مطابق قواعد عمومی معاملات:«تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت، می‌شود و بنابراین ممکن است بر حسب ازمنه و امکنه مختلف شود.» (مادهٔ ٤٢٦ ق.م). ولی می‌دانیم که تشخیص عرف به آسانی امکان ندارد و قواعد عرفی نیز مانند قانون روشن و منضبط نیست: بیشتر این قواعد جنبهٔ محلی دارد و رسوم و سلیقهٔ هر گروه در چگونگی آن مؤثر است.

استحکام و سلامت خانواده از امور مربوط به نظم عمومی است و قانونگذار بایستی آن را حفظ کند. پس، نمی‌توان موارد فسخ نکاح و برهم زدن خانواده را به داوری عرف واگذار کرد. بنابر همین مصلحت، قانون مدنی عیوب زن و مرد را به دقت معین کرده است، و سایر عیوب عرفی را نباید با آن‌ها قیاس کرد.

ولی، همان گونه که در قواعد سایر معاملات آمده است، در نکاح نیز استناد به خیار در صورتی ممکن است که عیب هنگام عقد مخفی باشد. زیرا، کسی که با دانستن عیب طرف دیگر به همسری با او راضی شده، به زیان خویش اقدام کرده است و هیچ موجبی ندارد که قانونگذار نکاح را، به خاطر رفع ضرر او، قابل فسخ بداند؛ چنان که در مادهٔ ١١٢٦ ق.م می‌خوانیم : **«هریک از زوجین که قبل از عقد عالم به امراض مذکوره در طرف دیگر بوده بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت».**

۱۷۹. عیوب مرد:

به موجب مادهٔ ١١٢٢ قانون مدنی اصلاح شده در ١٣٧٠/٨/١٤: «عیوب ذیل در مرد، موجب حق فسخ برای زن خواهد بود:

۱. خصاء؛

۲. عنن، به شرط این که، ولو یک بار، عمل زناشویی را انجام نداده باشد.

۳. مقطوع بودن آلت تناسلی، به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.»

چنان که گفته شد، اگر رابطهٔ زناشویی بین زن و مرد مبنای اصلی نکاح نباشد،

دست‌کم یکی از مهم‌ترین اسباب آنست. پس، هرگاه مرد به دلیل عارضه‌ای نتواند به وظایف زناشویی عمل کند، ایجاد حق فسخ برای زن، به ویژه اگر هنگام عقد بر این عیب آگاه نباشد، نباید موجب شگفتی شود.

۱. **خصیّ** (به فتح خاء و تشدید یاء) به کسی می‌گویند که اخته شده باشد، و حالت چنین مردی را خصاء (به کسر خاء) می‌نامند. خصاء در صورتی برای زن حق فسخ ایجاد می‌کند که دارای این دو شرط باشد:

۱) پیش از نکاح حادث شده و زن نیز جاهل به آن باشد.

۲) مانع از ایفای وظیفهٔ زناشویی باشد.

با وجود این، حذف قید «که مانع از ایفاء وظایف زناشویی باشد» از آغاز ماده ممکن است نشانه عیب بودن مطلق خصاء تلقی شود.[1]

۲. **عنن**، ناتوانی مرد در ایفای وظایف زناشویی است. در صورتی که مرد هنگام عقد به این بیماری مبتلا بوده و زن نیز جاهل به آن باشد، یا اگر در دوران زناشویی این عارضه دامنگیر او شود، زن می‌تواند نکاح را فسخ کند (مادهٔ ۱۱۲۵ ق.م).[2] در این مورد، زن حق دارد برای اثبات ادعای خویش به دادگاه رجوع کند. دادرس، پس از رسیدگی به دلایل او، و در صورت لزوم کسب نظر پزشک، اگر ادعا را درست دید، استحقاق زن را در فسخ نکاح اعلام می‌کند. در مادهٔ ۱۱۲۲ ق.م. پیش از اصلاح، دادگاه بایستی یک سال از تاریخ رجوع زن به دادگاه به انتظار بهبود شوهر صبر کند و در صورت رفع نشدن بیماری استحقاق زن را اعلام کند ولی، این قید مزاحم در مادهٔ اصلاح شده نیامده است. با وجود این، باید مهلت متعارف در علم پزشکی را برای احراز عنن قاطع و مستمر شوهر و تمیز عنن از عوارض زودگذر رعایت کند. زنی که به دلیل زناشویی با شوهر از حق فسخ عنن حادث محروم شده است، می‌تواند بر مبنای عسر و حرج از دادگاه طلاق بخواهد.

۳. **مقطوع بودن آلت تناسلی**: این شرایط در مقطوع بودن آلت تناسلی نیز وجود دارد. پس، اگر این حالات پس از نکاح حادث شود، یا زن با دانستن این عیوب به نکاح راضی شود، یا عیب مرد طوری نباشد که مانع از نزدیکی گردد، زن حق فسخ نکاح را ندارد.

---

۱. رک، ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، مادهٔ ۱۱۲۲ ؛ دوره مقدماتی، خانواده، ش ۱۵۵.

۲. طاهر ابن احمد، خلاصة‌الفتاوی، ص ۲۷۶.

۱۸۰. عیوب زن:

مطابق مادهٔ ۱۱۲۳ ق.م: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: ۱ - قرن ۲ - جذام، ۳ - برص ٤ - افضاء ٥ - زمین‌گیری ٦ - نابینایی از هر دو چشم».

این عیوب در صورتی برای مرد حق فسخ ایجاد می‌کند که هنگام عقد موجود باشد و مرد بدون توجه به آنها با زن ازدواج کرده باشد (مواد ۱۱۲٤ و ۱۱۲٦ ق.م.).

قرن (به فتح قاء و راء) استخوان یا گوشت زائدی است در رحم زن که مانع از نزدیکی با او می‌شود. جذام مرضی است ساری که خوره نیز نامیده می‌شود. برص (به فتح باء و راء) پیسی است. افضاء یکی بودن مجرای بول و حیض را گویند.

حق فسخ برای جلوگیری از ضرر مرد است، پس اگر به وسیلهٔ عمل جراحی یا به وسایل درمانی دیگر این عیوب از بین برود، حق فسخ نیز مبنای حقوقی خود را از دست می‌دهد و ساقط می‌شود. برای مثال، اگر زنی هنگام نکاح نابینا یا زمین‌گیر باشد و پیش از آنکه مرد نکاح را فسخ کند بهبود یابد، شوهر نمی‌تواند به استناد وجود این عیب در زمان نکاح عقد را بر هم زند.

همچنین، اگر در اثر پیشرفت علم پزشکی، این عیوب به صورت بیماری‌های درمان‌پذیر در آید، دیگر عیب به حساب نمی‌آید و مرد به استناد آنها حق فسخ ندارد. با این که اسقاط حق فسخ در چنین موردی با ظاهر عبارات قانون مخالف است، ولی بی‌گمان با روح قانون (مقصود قانونگذار) موافق‌تر به نظر می‌رسد. زیرا مبنای حق در این‌گونه موارد جلوگیری از ضرر شوهر است، جز این که قانونگذار نخواسته است که معیار تشخیص عیب را، چنان که در معاملات است، داوری عرف قرار دهد. پس، پاره‌ای از عیوب را که به نظر او مهم‌تر از سایرین و درمان‌ناپذیر می‌نموده انتخاب کرده است و حق فسخ را محدود به همان موارد ساخته است. حال، اگر پیشرفت علم این عیوب را به صورت بیماری‌های ساده‌ای در آورد، چگونه می‌توان ادعا کرد که فسخ نکاح با مقصود قانونگذار و اصول حقوقی موافق است؟

برای مثال، اگر پیسی زن به آسانی در اندک مدت درمان پذیرد و ضرری بیش از بیماری حصبه یا سرماخوردگی برای مرد نداشته باشد، آیا باز هم دادن حق فسخ به مرد معقول است؟

ملاک این حکم از مادهٔ ۱۱۲۲ ق.م. نیز بر می‌آید. زیرا تنها عیبی که در مرد

درمان‌پذیر به نظر می‌آید، عنن است، و به همین دلیل قانون حق زن را موکول به گذشتن یک سال از تاریخ رجوع به دادگاه کرده بود، فرض این بود که اگر عنن ظرف این مهلت رفع نشود، معلوم می‌شود که درمان‌ناپذیر است یا دست کم درمان آن به اندازه‌ای دشوار و طولانی است که به نظر عرف عیب محسوب می‌شود. این قید در اصلاح سال ۱۳۷۰ از بین رفته است و جای خود را به مهلت عرفی پزشکی برای تمیز عنن به عنوان عیب داده است. همچنین، چنان که خواهیم دید، جنون نیز به شرط استقرار حق فسخ به وجود می‌آورد (مادهٔ۱۱۲۱).

مفاد قانون حمایت خانواده و لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص این تفسیر را تقویت می‌کند. زیرا از احکام آنها چنین بر می‌آید که تمایل قانونگذار بر این است که از خانواده و استحکام آن حمایت شود، و از جدایی‌های بی مورد تا حد ممکن پرهیز گردد.

برعکس، افزودن بیماری‌های ساری و خطرناکی همچون ایدز که درمان‌ناپذیر به نظر می‌رسد، بر شمار عیوب موجب فسخ زن یا شوهر منطقی به نظر می‌رسد، هر چند که احتمال پذیرش این توسعهٔ فسخ در رویهٔ قضایی دشوار است.

۱۸۱. جنون زن و مرد:

جنون از عیوبی است که اگر در هر یک از زن و شوهر باشد برای همسر او حق فسخ می‌آورد. به موجب مادهٔ ۱۱۲۱: **«جنون هر یک از زوجین، به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ است».**

مرز بین جنون و عقل را به آسانی نمی‌توان معین کرد. علم پزشکی باید به یاری عرف دیوانه را از عاقل باز شناسد. حقوق از علوم اجتماعی است و هیچ یک از معیارهای آن از داوری‌های اجتماع و منطق عرف دور نمی‌ماند. درست است که جنون بیماری است که درمان و تشخیص آن با پزشک است، ولی جنونی آثار حقوقی دارد که در منطق عرف نیز دیوانگی باشد.

مبنای حق فسخ همسر دیوانه نیز جلوگیری از ضرر اوست. زیرا زندگی کردن با دیوانه از طاقت بیشتر مردم بیرون است. از این اصل دو نتیجهٔ مهم گرفته می‌شود:

۱. اگر جنون عارضه‌ای زودگذر باشد و در بیمار باقی نماند حق فسخ برای همسر او ایجاد نمی‌کند. زیرا، ضرر ناشی از آن به دیدهٔ عرف تحمل‌پذیر است و پیوند

زناشویی این ارزش را دارد که برای نگاهداری آن چنین ناملایمی پذیرفته شود. به همین جهت مادهٔ ۱۱۱۲ شرط ایجاد حق فسخ را «استقرار جنون» قرار داده است. ولی، جنونی که در شخص مستقر است، به هر درجه که باشد، موجب حق فسخ است، هر چند که بیمار همیشه به یک حال باقی نماند و گاه نیز بهبود یابد و دوباره دیوانه شود (این قسم از جنون را ادواری نامند)، یا دیوانه‌ای بی‌آزار و خاموش باشد.

۲. برخلاف سایر عیوب، جنون مرد نیز مانند عنن، اگر پس از نکاح عارض شود، به زن حق فسخ می‌دهد (مادهٔ ۱۱۲۵ ق.م.). علت این استثنا در نظام قانون مدنی این بود که مرد ریاست خانواده و تأمین معاش اعضای آن را به عهده دارد و زن نیز نمی‌تواند به این بهانه از دادگاه تقاضای طلاق کند پس عدالت حکم می‌کند که به او حق فسخ نکاح داده شود.

این علت در اصلاح مادهٔ ۱۱۳۰ از بین رفته است. زیرا، به موجب این ماده «**در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد**» زن می‌تواند درخواست طلاق کند. زندگی با دیوانه از بارزترین مصداق‌های این حکم است و به حکم عادت تحمل‌ناپذیر. پس، اگر زن حق فسخ نکاح را به دلیل عارضهٔ جنون شوهر نداشته باشد، می‌تواند به وسیلهٔ درخواست طلاق از خود رفع ضرر کند.

گفتار دوم: تدلیس و تخلف از شرط صفت

۱۸۲. رابطهٔ این دو خیار:

در قانون مدنی نامی از خیار تدلیس برده نشده است، ولی در فقه امامیه تدلیس یا فریب دادن یکی از زوجین از موجبات فسخ نکاح است و پاره‌ای از استادان نیز از مفاد مادهٔ ۱۱۲۸ ق.م. وجود خیار تدلیس را برای همسر فریب خورده استنباط کرده‌اند.[1] به موجب این ماده «**هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد**».

حکم مادهٔ ۱۱۲۸ ناظر به خیار تخلف از شرط است: بدین معنی که، هرگاه زن و

---

۱. سید حسن امامی، ج ۴، ص ۴۷۱-۴۷۰ - سیدعلی شایگان، ش ۷۴۳، ص ۳۴۴.

شوهر، به طور ضمنی یا صریح، صفتی را در یکی از همسران شرط کنند، نبودن آن صفت در او، برای طرف مقابل ایجاد حق فسخ می‌کند. ولی، چون در تدلیس نیز یکی از طرفین تظاهر به داشتن صفتی می‌کند که مورد توجه دیگری است و از این راه او را فریب می‌دهد، نتیجهٔ فریبکاری او نیز این است که طرف دیگر به اشتباه چنین پندارد که همسر آینده‌اش وصف دلخواه را دارد.

پس، هرگاه معلوم شود که تصور او نادرست بوده و وضعی که مبنای تراضی قرار گرفته است در همسرش وجود ندارد، حق فسخ عقد را خواهد داشت: به بیان دیگر، در فرض تدلیس نیز وصفی که مبنای توافق بوده است در همسر فریبکار موجود نیست و از این حیث با مورد تخلف از شرط صفت مبنای مشترک دارد. بنابراین، مستند قانونی خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت یکی است و هردو خیار در حدود مادهٔ ۱۱۲۸ ایجاد می‌شود.

تدلیس در صورتی موجب خیار فسخ است که یا باعث مخفی ماندن یکی از عیوب پیش بینی شده در قانون گردد یا سبب نمایاندن صفتی شود که وجود آن مورد قصد مشترک بوده است (یعنی صفتی که به حکم عرف یا ارادهٔ زوجین مبنای تراضی قرار گرفته است). قانون مدنی نیز به همین دلیل از خیار تدلیس در نکاح نامی نبرده است زیرا خیار عیب و تخلف از شرط صفت تمام اثر عملی آن را دارد.

با وجود این، چون امروز همسران آینده به طور معمول یکدیگر را می‌بینند و خانواده‌های آنان با هم معاشرت می‌کنند، بیشتر اشتباهاتی که دربارهٔ اوصاف آن رخ می‌دهد ناشی از تدلیس است و گفتگو دربارهٔ چگونگی اعمال این خیار، دست کم از نظر روشن ساختن مطالب، مفید به نظر می‌رسد.

۱۸۳. مقایسهٔ موجبات خیار عیب و تدلیس:

عیوبی که موجب خیار فسخ است جنبهٔ نوعی و کلی دارد: یعنی باید امری به نظر عرف و قانون عیب محسوب شود تا خیار عیب به وجود آید و سلیقه‌های خاص اشخاص در این باب اثری ندارد. در خصوص نکاح، قانون به داوری عرف نیز اعتماد نکرده و عیوب زن و مرد را به دقت معین کرده است. پس، زن و شوهر نمی‌توانند، در نتیجهٔ تراضی، عیبی را بر عیوب مذکور در قانون بیفزایند.

ولی تدلیس ناظر به اوصافی است که در نظر زوجین لازمهٔ کمال یا نداشتن نقص

است. در تدلیس، برخلاف عیب، مفاد قصد مشترک زن و شوهر و خواسته‌های آنان موردنظر است. باید اعمالی انجام شود که زن یا شوهر را در باب تصوری که نسبت به همسر آیندهٔ خود دارد و به خاطر آن حاضر به نکاح شده است، فریب دهد، خواه نبودن آن صفات به نظر عرف یا قانون عیب محسوب بشود یا در شمار عیوب نباشد.[۱]

۱۸٤. تعریف تدلیس:

تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود (مادهٔ ٤۳۸ ق.م.). برای تحقق تدلیس، یکی از زوجین باید به عمد طرف دیگر را بفریبد: یعنی، با پوشاندن معایبی که دارد یا نمایاندن صفاتی که در او نیست، دیگری را مغرور و راضی به نکاح سازد.[۲]

بر خلاف آنچه پاره‌ای از استادان پنداشته اند[۳]، در حقوق ما تدلیس اصولاً از عیوب رضا نیست و به همین دلیل هم باعث بطلان یا عدم نفوذ عقود نمی‌شود. کسی که گول خورده است می‌تواند برای رفع ضرر خود عقد را بر هم زند، مگر این که اشتباه ناشی از تدلیس در شمار اشتباهاتی باشد که اراده را معلول می‌سازد و به حکم قانون موجب بطلان عقد است.[٤]

چنان که گفته شد (ش ۵۵) اشتباه در شخصیت طرف نکاح وقتی موجب بطلان عقد است که، در اثر آن، مشتبه با کسی غیر از آن که مقصود او بوده است ازدواج کند، ولی اشتباه در اوصاف او، هر اندازه که مهم و اساسی باشد، در نفوذ عقد اثر ندارد. پس، هر گاه در اثر تغییر قیافه یا سایر اعمال فریبنده، مردی که خواستار زناشویی با دختری

---

۱. «والفرق بینه و بین العیب، ان التدلیس لایثبت الا بسبب اشتراط صفة کمال هی غیر موجودة او ما هو فی معنی الشرط ولولاه لم یثبت الخیار بخلاف العیب فان منشأه وجوده و ان لم یشترط الکمال و ما فی معناه فمرجع التدلیس الی اظهارمایوجب الکمال اواخفاء مایوجب النقص و منشأ الخیار فوات مقتضی الشرط اوالظاهر...» (مسالک الافهام، ج ۱، کتاب نکاح، ص۶۳۰).

۲. شیخ مرتضی انصاری در شرح ارشاد (ضمیمهٔ مکاسب، ص ۳۹۸)، در تعریف تدلیس می‌نویسد: «هو اظهار صفة کما فی المرأة مع انتفائها عنها او اخفاء صفة نقص.»

۳. دکتر شایگان، حقوق مدنی، ش ۱۶۴.

۴. برای دیدن اثر اشتباه ناشی از تدلیس، رک. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۴۲ به بعد.

است دیگری را به جای او بگیرد، این نکاح باطل است. زیرا، تدلیس به اندازه‌ای مؤثر بوده است که آنچه در عالم خارج واقع شده با آنچه مرد قصد کرده است تفاوت دارد.[1] اما اگر زن مرض پیسی خود را از مرد پنهان سازد یا خود را دوشیزه وانمود کند، و مرد به گمان سالم یا باکره بودن زن به نکاح راضی شود، این عقد تنها قابل فسخ است و مرد می‌تواند آن را برهم زند. این گونه موارد است که به عنوان تدلیس در موارد فسخ نکاح آورده می‌شود، زیرا قسم نخست را باید از اسباب بطلان عقد شمرد نه فسخ آن.

۱۸۵. ارکان تدلیس :

در صورتی تدلیس تحقق می‌یابد که دارای دو عنصر باشد: مادی و معنوی.

۱. **عنصر مادی:** باید عملیاتی انجام شود که عیبی را بپوشاند یا وجود صفتی را که مورد نظر طرف عقد است در دیگری وانمود کند، خواه به وسیلهٔ نوشته و لفظ باشد (مانند توصیف دروغ) یا کارهای خدعه‌آمیز (مانند ارائهٔ گواهی جعلی بر صحت مزاج).

تشخیص عملیاتی که تدلیس به شمار می‌رود با عرف است. اخلاق هر دروغ و تصنعی را نکوهش می‌کند، ولی، در حقوق پاره‌ای از دروغ‌ها به حکم عرف مجاز است و مستند فسخ نکاح قرار نمی‌گیرد. برای مثال، توصیف نجابت و خانه‌داری یا زیبایی زن در بیشتر وصلت‌ها مبالغه‌آمیز است، ولی عرف این گونه گزافه‌گویی را تدلیس نمی‌داند و به همین دلیل هم مرد حق ندارد دروغ کسان همسرش را مستند فسخ نکاح کند؛ یا هر پسری برای همسر آینده‌اش در باب شجاعت و لیاقت خود داد سخن می‌دهد و گزاف بسیار می‌گوید، اما این گونه سخنان را نمی‌توان تدلیس دانست.

تغییر عادات و رسوم نیز در چگونگی این عملیات مؤثر است، چنان که به کار بردن کلاه گیس یا سرخ کردن صورت، که در گذشته تدلیس به حساب می‌آمد[2]، امروز از آرایش‌های متعارف زنان است و در نظر عرف نیرنگ و فریب به شمار نمی‌رود.

۲. **عنصر معنوی:** اعمالی که انجام می‌شود باید ارادی و به عمد باشد و به قصد فریب طرف انجام گردد. در این باره قانون مدنی حکمی ندارد، ولی بدیهی است که مفهوم «فریب دادن» جز به عمد تحقق نمی‌یابد.

---

۱. ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد.

۲. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۱، ص ۲۸۹ (کتاب تجارت)، دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۴۶۹.

۱۸٦. شرایط تأثیر تدلیس :

تدلیس در صورتی از موجبات فسخ نکاح است که دارای این دو شرط باشد :

۱. **موجب فریب طرف عقد شود** :یعنی مسلم باشد که اگر تدلیس انجام نمی‌شد طرف عقد نیز حاضر به تراضی نمی‌گشت. پس، اگر مردی خواستار زناشویی با دختری باشد و او برای این که مرد را در تصمیم خود استوارتر سازد، به دروغ صفت کمالی را به خود نسبت دهد، تدلیس محقق نشده است. زیرا، عقد در نتیجهٔ فریب زن واقع نشده و مفروض این است که مرد پیش از آن هم داوطلب ازدواج با زن بوده است.

۲. **باید تدلیس کننده طرف عقد باشد**: در مواردی که تدلیس سبب ایجاد اشتباه مؤثر در عقد می‌شود، در هر حال موجب بطلان عقد است. زیرا، اگر سبب بطلان عقد عیب اراده باشد، تفاوت نمی‌کند که این عیب در اثر فریب طرف معامله حادث شود یا تدلیس شخص ثالث. قانون مدنی نیز همین نظر را در مورد اکراه پذیرفته است و در مادهٔ ۲۰۳ می‌گوید: «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است، اگرچه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود».

ولی تدلیس، به معنایی که در قانون مدنی جزو خیارات آمده است، از عیوب اراده نیست. جرمی است که قانونگذار مجازات آن را دادن حق فسخ به طرف عقد معین کرده و بدین وسیله خواسته است زیان‌های ناشی از آن را جبران کند[1]. پس، کسی باید ضرر را جبران کند که خود باعث آن شده است. در صورتی که شخص خارجی مرتکب تدلیس شود، به استناد خطایی که او مرتکب شده و زیانی که وارد کرده است، نمی‌توان طرف عقد را به وسیلهٔ انحلال عقد محکوم کرد. ظاهر مادهٔ ٤۳۹ قانون مدنی

---

۱. در حقوق رم نیز تدلیس به همین معنی استعمال شده و با حقوق اسلام و قانون مدنی شباهت تام دارد؛ ولی در حقوق کنونی فرانسه و بلژیک و سوئیس و آلمان، تدلیس به عنوان عیب رضا در قراردادها مؤثر است. مادهٔ ۵ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ اصلاح شده در خرداد ۱۳۱۶ تدلیس در نکاح را جرم شناخته است و می‌گوید: «هر یک از زن و شوهری که قبل از عقد طرف خود را فریب داده و بدون آن فریب مزاوجت صورت نمی‌گرفت به شش ماه تا دو سال حبس جنحه‌ای محکوم خواهد شد.» مادهٔ ۶ همان قانون، اعلام نادرست مرد را در نداشتن همسر مشمول همین مجازات کرده است .در این ماده می‌خوانیم: «هر مردی مکلف است در موقع ازدواج به زن و عاقد صریحاً اطلاع دهد که زن دیگر دارد یا نه .این نکته در قباله مزاوجت قید می‌شود . مردی که در موقع ازدواج برخلاف واقع خود را بی‌زن قلمداد کرده و از این حیث زن را فریب دهد به مجازات فوق محکوم خواهد گردید.»

نیز با این نظر موافق است، زیرا می‌گوید: **«اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری».**

با وجود این، باید دانست که برای تحقق تدلیس لازم نیست که کارهای فریبنده توسط شخص معامل انجام شود. همین که او برای فریب دادن با تدلیس‌کننده تبانی کند، یا دانسته و به عمد از اعمال او بهره‌برداری کند، تدلیس انجام شده است، زیرا رابطهٔ سببیت بین ضرر ایجاد شده و کار او وجود دارد.

همچنین، اگر صفتی که برای وانمود کردن وجود آن تدلیس انجام شده است در عقد شرط شود یا بنای تراضی بر وجود آن باشد، کسی که شرط به سود او شده است حق فسخ عقد را دارد، هر چند به استناد خیار تخلف از شرط صفت عقد را فسخ کند و تدلیس را نادیده انگارد.

۱۸۷. تشخیص صفاتی که عقد متبانیاً بر آن واقع می‌شود:

مقصود از این صفات، اوصافی است که در عقد شرط نشده ولی پیش از آن طرفین نسبت به چگونگی و اثر آنها گفتگو و توافق کرده‌اند و عقد را بر مبنای همان گفتگوها واقع ساخته‌اند.

برای مثال، مردی به خواستگاری دختری تحصیل کرده می‌رود و کسان دختر می‌گویند که حاضر نیستند با مردی بی سواد وصلت کنند؛ داماد خود را مهندس برق معرفی می‌کند و بر این مبنا عروسی سر می‌گیرد؛ ولی در عقد مهندس بودن زوج شرط نمی‌شود. پس از عقد، معلوم می شود که داماد فروشندهٔ لوازم برقی و سیم‌کش ساده‌ای است که سواد خواندن و نوشتن هم ندارد. در این عقد مهندس بودن داماد شرط نشده ولی عقد متبانیاً بر آن واقع شده است و فقدان این وصف به دختری که فریب خورده است حق فسخ می‌دهد (مادهٔ ۱۱۲۸ ق.م.)

در پاره‌ای موارد، با این که در گفتگوهای طرفین نامی از وصف خاص برده نمی‌شود، عادات و رسوم اجتماعی چنان است که هرکس ازدواج می‌کند به ظاهر بر مبنای وجود آن وصف است.سکوت طرف عقد به دلیل اعتماد به ظاهر دیگری است، وگرنه در قصد واقعی طرفین هیچ تفاوتی بین این صورت وفرض گذشته وجود ندارد.

برای مثال، مردی از دختری که به دبیرستان می‌رود خواستگاری می‌کند؛ در

گفتگوهای مقدماتی از باکره بودن دختر سخنی گفته نمی‌شود، زیرا ظاهر او از وجود این وصف حکایت می‌کند و شرط دوشیزه بودن دختر از نظر اخلاقی پسندیده نیست. حال، اگر پس از عقد معلوم شود که زن چند بار شوهر کرده و فرزندانی هم دارد ولی اکنون خود را به چهرهٔ دوشیزگان در آورده است و به دبیرستان می‌رود، مرد حق فسخ نکاح را دارد. بنابراین، معیار تشخیص صفاتی که عقد بر مبنای آنها واقع شده، ارادهٔ طرفین است. باید احراز شود که به شرط وجود آن وصف نکاح کرده‌اند، خواه وسیلهٔ بروز این اراده گفتگوهای آنان باشد یا سکوت در برابر داوری عرف.

مثال دیگر: دختری، به خاطر تشکیل خانواده و آوردن فرزند به‌مرد جوانی شوهر می‌کند؛ طرفین سخنی دربارهٔ عقیم نبودن مرد نمی‌گویند ولی عقد را بر مبنای وجود این شرط می‌بندند ؛ پس اگر مرد عقیم باشد و پزشک نیز از بهبود او قطع امید کند، زن حق فسخ نکاح را دارد.[1]

مبحث سوم: اعمال خیار فسخ و آثار آن

۱۸۸. اعمال خیار پیش از انحلال نکاح ممکن است :

فسخ نکاح در صورتی ممکن است که رابطهٔ زوجیت موجود باشد، زیرا فسخ رابطه‌ای که از پیش به وسیلهٔ فوت یا طلاق گسسته شده است معقول به نظر نمی‌رسد. پس، اگر مردی زن خود را پیش از نزدیکی طلاق دهد سپس متوجه شود که زن «قرن» داشته و او می‌توانسته است نکاح را فسخ کند و نصف مهر را نیز ندهد، دیگر راهی برای استفاده از این حق ندارد.

با وجود این، به دلیل تردید در بقا و زوال رابطهٔ زوجیت، گاه در همین امر بدیهی نیز اختلاف نظر به وجود می‌آید: در مبحث مربوط به طلاق خواهیم دید که در طلاق رجعی مرد می‌تواند در زمان عده رجوع کند. نفقهٔ زن در این مدت به عهدهٔ شوهر است (مادهٔ ۱۱۰۹ ق.م.). و حتی اگر یکی از آن دو بمیرد دیگری از او ارث می‌برد (مادهٔ ۹۴۳). مادهٔ ۲ قانون امور حسبی نیز مرد را از دادرسی دربارهٔ زنی که در عدهٔ رجعی

---

۱. بند ۱۳ از مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده مصوب۱۳۵۳ عقیم بودن زوجین را یکی از موجبات طلاق شناخته است.

اوست منع کرده و اعلام داشته است که «زوجه‌ای که در عدهٔ رجعی است در حکم زوجه است». پس، این سؤال مطرح می‌شود که آیا در مدت عدهٔ رجعی رابطهٔ زوجیت باقی است و شوهر می‌تواند نکاح را فسخ کند، یا نکاح به وسیلهٔ طلاق منحل شده و موردی برای فسخ باقی نمانده است؟

پاره‌ای از استادان احکام مربوط به انفاق و ارث را دلیل وجود رابطهٔ زن و شوهری دانسته و از آن نتیجه گرفته‌اند که در زمان عدهٔ رجعی نکاح قابل فسخ است و کسی که آن را برهم می‌زند خود را از تکالیف مربوط به این دوره رهایی می‌بخشد.[1] ولی، این گفته با ظاهر مادهٔ ۱۱۲۰ ق.م. مخالف است. زیرا، بر طبق این ماده، طلاق (اعم از بائن و رجعی)، در ردیف فسخ و بذل مدت، از موجبات انحلال نکاح دانسته شده است.

برای جمع بین مادهٔ ۱۱۲۰ و احکام مربوط به زنی که در عدهٔ طلاق رجعی است، می‌توان گفت که نکاح در هر حال به وسیلهٔ طلاق منحل می‌شود. ولی، در مواردی که طلاق قابل رجوع است، قانون پاره‌ای از احکام زوجه را بر زن بار کرده است. هدف از این مقررات حفظ پاره‌ای از علایق بین زن و شوهر سابق است تا پیوند گسسته آسان‌تر برقرار شود، ولی این دو را نمی‌توان زن وشوهر پنداشت. چنان که رابطهٔ جنسی بین این دو دیگر مباح نیست و مرد نمی‌تواند از زن انتظار تمکین داشته باشد.[2]

۱۸۹. خیار فسخ قابل اسقاط است ولی به ارث منتقل نمی‌شود:

خیار فسخ حقی است غیر مالی که می‌توان ضمن عقد نکاح سقوط آن را شرط کرد (مادهٔ ٤٤٨ ق.م.). نکاح را با سایر معاملات نباید قیاس کرد و آثار و احکام این عقد را قانون به طور امری معین می‌کند نه به رضای زوجین. ولی، از مفاد مادهٔ ١١٢٦، که علم زوجین را به وجود عیب مانع از حق فسخ شناخته است، چنین بر می‌آید که قانونگذار فسخ نکاح را از امور مربوط به نظم عمومی ندانسته است. با وجود این، فسخ نکاح از حقوقی است که برای شخص زن و شوهر شناخته شده و قابل انتقال به دیگری نیست.

---

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۴۷۲.

۲. شهید ثانی در مسالک، ج ۲، ص ۲۷، نزدیکی با مطلقهٔ رجعیه را به قصد عدم رجوع یا بدون قصد رجوع فعل حرام می‌داند و در توجیه آن می‌نویسد: «لانفساخ النکاح بالطلاق و ان کان رجعیاً، لان فائدة الرجعی جواز الرجوع فیها لابقائه بحاله و الا لم تبن بانقضاء العدة...» و در نقد این نظر در فقه، ر.ک. جواهرالکلام، ج ۳۲، ص ۱۸۰ و ۱۸۱ - حدائق، کتاب طلاق، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۱۴.

به ارث نیز منتقل نمی‌شود، زیرا در اثر موت نکاح منحل می‌شود و دیگر موردی برای فسخ آن باقی نمی‌ماند.

۱۹۰. خیارفسخ فوری است :

به موجب مادهٔ ۱۱۳۱ ق.م.: **«خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد، بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط می‌شود، به شرط این که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف وعادت است».**

قانونگذار فرض می‌کند که اگر کسی به علت فسخ و حکم قانون، در باب حق برهم زدن نکاح و فوریت آن، آگاه باشد و با این وصف رابطهٔ زناشویی را باقی گذارد، به اختیار از حق خویش صرف نظر کرده است و مبنای این فرض قانونی جلوگیری از ضرر همسر و متزلزل ماندن نکاح است. به همین جهت، با این که خیار تخلف از شرط در سایر معاملات فوری نیست، قانون مدنی آن را نیز در ردیف خیار عیب و تدلیس فوری شمرده است، و همین استثنا موجب شده که بعض از استادان مادهٔ ۱۱۳۱ را ویژهٔ خیار عیب و تدلیس بدانند و خیار تخلف از شرط را فوری نشمارند.[1] ولی، باید دانست که پیروی از ظاهر قانون به مصلحت مربوط به حفظ خانواده نزدیک‌تر است.

فرض «اسقاط ارادی حق» که مبنای حکم مادهٔ ۱۱۳۱ قرار گرفته، سبب شده است که قانونگذار ادعای جهل به قانون را در این مورد مسموع بداند. معنی حکم این است که، هرگاه کسی که از حق خیار به هنگام استفاده نکرده است بتواند جهل خود را نسبت به وجود حق فسخ یا فوریت آن در دادگاه ثابت کند، معلوم می‌شود که تأخیر او علت دیگری داشته و مستند به اسقاط حق نبوده است و به همین جهت می‌تواند از آن استفاده کند و نکاح را برهم زند. ولی، به هر حال اثبات این جهل با مدعی آن است، زیرا، پس از انتشار قانون و گذشتن مهلت اجرای آن، قانونگذار همه را عالم به قانون فرض می‌کند. خلاف این فرض را در مواردی که قانون مایل به حمایت از جاهل است می‌توان اثبات کرد، ولی هیچ گاه این ادعا بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود: مدعی جهل می‌خواهد اثبات کند که فرض مربوط به علم اشخاص نسبت به قانون در مورد او

---

۱. دکتر سید حسن امامی، همان کتاب، ص ۴۷۳ .

درست نیست و اصل در این باره با استثنا روبه رو شده است، پس چگونه می‌توان این ادعا را بدون دلیل پذیرفت؟[۱]

۱۹۱. وضع مهر در فسخ :

در صورتی که نکاح پیش از نزدیکی فسخ شود، مرد تکلیفی در دادن مهر ندارد، خواه فسخ به ارادهٔ او انجام شده باشد یا به تصمیم زن. این حکم در موردی که موجب فسخ ناتوانی مرد است اجرا نمی‌شود، زیرا مادهٔ ۱۱۰۱ زن را مستحق نصف مهر می‌داند. پس، اگر در نکاحی مقدار مهر معین باشد و پیش از نزدیکی به علت ناتوانی جنسی مرد فسخ شود، زن می‌تواند نصف آنچه را که تعیین شده است از مرد بگیرد، و هر گاه مهر در عقد ذکر نشده باشد، زن مستحق نصف مهرالمثل است.

ولی، دربارهٔ موردی که فسخ نکاح بعد از نزدیکی انجام می‌شود، قانون مدنی حکم خاصی ندارد و در فقه نیز نظرها موافق نیست.

پس، برای روشن شدن موضوع، مسأله را در دو فرض جداگانه بررسی می‌کنیم:

۱. اگر مهر در نکاح معین نشده باشد، بی گمان زن حق دریافت مهر المثل را خواهد یافت.

۲. صورتی که مهر در عقد معین شده است: در این فرض، بعضی زن را مستحق آن شمرده‌اند. بعض دیگر گفته‌اند، اگر موجب فسخ پیش از نزدیکی موجود باشد، زن حق گرفتن آن را ندارد و فقط می‌تواند مهر المثل بخواهد، زیرا فسخ نکاح از هنگامی که سبب آن ایجاد شده است عقد را منحل می‌سازد و، چون در آن هنگام، به علت واقع نشدن نزدیکی، مهرالمسمی بر ذمهٔ مرد مستقر نشده بوده است، توافقی که در باب تعیین مهر شده بی‌اثر می‌شود و زن می‌تواند، به خاطر وقوع زناشویی با مرد، از او مهرالمثل بگیرد. بر عکس، اگر موجب فسخ نکاح بعد از نزدیکی به وجود آید (مانند عنن و جنون مرد) زن مستحق گرفتن مهرالمسمی است، زیرا در اثر وقوع نزدیکی تمام مهر بر عهدهٔ مرد مستقر می‌شود و انحلال بعدی نکاح در آن اثر ندارد.[۲]

---

۱. ناصر کاتوزیان، مقدمهٔ علم حقوق، ش ۱۱۶ - برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به، سید حسن امامی، همان کتاب، ص.۴۷۵

۲. این نظر را شیخ طوسی در مبسوط ابراز کرده و بیشتر فقهای متأخر از آن انتقاد کرده‌اند، چنان که می‌توان گفت مشهورآن را نپذیرفته است: محقق، شرایع الاسلام، کتاب نکاح - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ←

برای داوری درست در این اختلاف، باید توجه داشت که فسخ نکاح هیچ گاه در گذشته اثر ندارد و ناظر به آینده است. بنابراین، در فرض ما، که فسخ بعد از نزدیکی انجام شده است، باید حق زن را بر مهر المسمی مسلم دانست.

به بیان دیگر، پس از نزدیکی، مرد موظف است که تمام مهر را به زن بپردازد، زیرا در آن هنگام عقد و مهر نافذ بوده است و پس از آن، هرگاه نکاح به سبب طلاق یا فوت منحل شود، حق سابق زن از بین نمی‌رود، زیرا هیچ یک از این وقایع نکاح را از ابتدا باطل نمی‌کند و تنها ناظر به آینده است.

۱۹۲. خسارت ناشی از تدلیس:

در مواردی که نکاح در اثر تدلیس واقع می‌شود، همسری که گول خورده است می‌تواند، علاوه بر فسخ نکاح، خسارات مادی و معنوی خود را از تدلیس کننده بخواهد (مادهٔ ۱ قانون مسؤولیت مدنی مصوب اردیبهشت ۱۳۳۹). فقط اشکال در این است که میزان این خسارات را چگونه باید معین کرد؟ به ویژه، چون در اثر وقوع نزدیکی مرد وظیفه‌دار پرداختن مهر می‌شود، آیا در تعیین خسارتی که متحمل شده باید استفاده‌ای را که از این راه برده است به حساب آورد و از جمع ضررهای او کاست یا نه؟

در تعیین خسارات معنوی، بی گمان همهٔ صدمه‌ها و لذت‌های روحی و جسمی را باید به حساب آورد، و دادگاه بایستی با ملاحظهٔ تمام اوضاع و احوال قضیه میزان و طریقه و کیفیت جبران آن را معین کند (مادهٔ ۳ قانون مسئولیت مدنی)، ولی در خسارات مادی نیز، آیا باید میزان مهرالمثل را از جمع زیان‌های مادی مرد کاست؟ برای مثال، اگر مقدار مهرالمسمی صد هزار ریال و مهرالمثل شصت هزار ریال باشد، خسارتی که از تدلیس کننده می‌توان خواست تمام صد هزار ریال است یا چهل هزار ریال بقیه؟

ق.م. در این باب حکمی ندارد و فقها نیز فتاوای مختلف داده‌اند.[۱] به نظر می‌رسد که چون مرد به خاطر ادامهٔ زناشویی حاضر شده است که مهر را به عهده بگیرد، پس آنچه از این بابت می‌پردازد زیانی است که در اثر تدلیس متحمل شده و می‌تواند از تدلیس کننده بگیرد. مهر را نباید عوض و بهای تمتع جنسی از زن دانست و رابطهٔ

←ص ۵۲۸ و ۵۳۳؛ شرح لمعه، ج۲، کتاب نکاح، ص ۱۰۱ - سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح - شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلدنکاح، در عیوب.

۱. رک :کتاب‌های یاد شده، دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۴۱۵ .

معنوی زن و شوهر را با معاملات قیاس کرد. بیم از ضرر زن نیز نظر مخالف را تأیید نمی‌کند. زیرا در تدلیس، یا زن به طور مستقیم مرد را مغرور به داشتن صفات مورد علاقهٔ او کرده، یا از اعمال خدعه‌آمیز دیگران به عمد بهره برداری کرده است، یعنی خود باعث ورود این ضرر شده است.

همین حکم نیز در موردی جاری است که مرد به وسیلهٔ شخص خارجی و بدون اطلاع زن فریب خورده باشد. در صورتی که چند نفر در فریب دادن مرد دخالت داشته باشند، از نظر اصول، همه در برابر او مسؤولیت تضامنی دارند. ولی، در تقسیم مسؤولیت بین آنان «میزان مسؤولیت هر یک از آنان، با توجه به نحوهٔ مداخلهٔ هر یک، از طرف دادگاه تعیین خواهد شد.» (ملاک مادهٔ ١٤ قانون مسؤولیت مدنی)[1]. با وجود این، بر مبنای حکم مادهٔ ٣٦٥ قانون مجازات اسلامی (دیات) مسئولیت به طور تساوی بین مسئولان تقسیم می‌شود و درجهٔ تأثیر ورود ضرر نیز در این راه اثری ندارد.[2]

قواعدی که گفته شد، ناظر به صورتی است که فریب خورده نکاح را فسخ و برای جبران خسارت خود به تدلیس کننده رجوع کند. ولی، هرگاه از خیار تدلیس بگذرد و بخواهد زیان ناشی از تقصیر تدلیس کننده را بر طبق قواعد عمومی تسبیب از او بگیرد، بیش از تفاوت بین اجرت المسمی و اجرت المثل حق ندارد. زیرا، ادامهٔ زناشویی نشان می‌دهد که اثر وصف مشروط در ارادهٔ او به‌گونه‌ای نبوده است که نکاح را بیهوده و غیرقابل تحمل سازد. پس، ضرری که به او وارد شده همین تفاوت بین دو مهر است و، چون خسارتی را می‌توان مطالبه کرد که زیان‌دیده با توجه به وضع خاص خود به واقع متحمل شده است، بیش از این نباید حکم به خسارت داد.

بین موردی که نکاح فسخ یا باقی گذارده شده است، از حیث اعمالی که برای فریب دادن مرد به کار رفته است، تفاوتی وجود ندارد. ولی معیار تعیین خسارت میزان ضرری است که این اعمال برای او به بار آورده است و، به همین دلیل، این دو حالت را نباید یکسان شمرد.

---

۱. به نظر شهید ثانی خسارات باید به طور مساوی بین همهٔ مسؤولان تقسیم شود (شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۰۱). برای مطالعهٔ این بحث در مسؤولیت مدنی، نگاه کنید به، ناصر کاتوزیان، پلی کپی درس حقوق مدنی در دورهٔ فوق لیسانس، ۱۳۵۴ ، تداخل اسباب، ش ۶۶- همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۲۵۵ به بعد.

۲. همان کتاب، ش ۱۷۵.

فصل دوم

طلاق

۱۹۳. تقسیم مطالب :

این فصل را ضمن پنج مبحث مطالعه می‌کنیم:

۱. کلیات؛

۲. شرایط صحت طلاق ؛

۳. موجبات طلاق ؛

٤. اقسام طلاق ؛

۵. آثار طلاق؛

مبحث نخست : کلیات

۱۹٤. تعریف و خصوصیت‌های طلاق :

طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن مرد، به اذن یا حکم دادگاه، زنی را که به طور دایم در قید زوجیت اوست رها می‌سازد. ساختمان حقوقی و شرایط صحت طلاق را در گفتارهای آینده خواهیم دید، ولی از این تعریف خصوصیت‌های زیر استنباط می‌شود:

۱. **طلاق ایقاع است**: یعنی تنها به ارادهٔ شوهر یا نمایندهٔ او واقع می‌شود و نیازی به موافقت زن ندارد. پیش از این، مطابق تبصرهٔ مادهٔ ۳ از لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص زن و شوهر می‌توانستند دربارهٔ طلاق توافق کنند و به استناد همین توافق از رجوع به

دادگاه معاف شوند، ولی این تراضی و نفوذ آن ممنوع شد و امروز طلاق تنها به اذن یا حکم دادگاه ممکن است ؛ به بیان دیگر طلاق قضایی جای طلاق به تراضی را گرفته است[1] با وجود این، باید دانست که طلاق با صدور حکم و اذن دادگاه انجام نمی‌شود. دخالت دادگاه مجوز واقع ساختن و ثبت طلاق در محضر است، و در وقوع عمل حقوقی اثر ندارد.

۲. طلاق عمل تشریفاتی است: گذشته از اینکه وقوع طلاق در صورت اختلاف باید به اذن دادگاه باشد و تحصیل این اذن تشریفات خاص دارد، اصل ایقاع نیز تنها به رضای شوهر واقع نمی‌شود و به شرایط ویژه‌ای نیازمند است. مادهٔ ۱۱۳۳ ق.م. به عبارت زیر اصلاح شد: **«مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.»**[2] مادهٔ ۱۱۳٤ ق.م. نیز در بیان سنخ دیگر این شرایط می‌گوید: **«طلاق باید به صیغهٔ طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد».**

۳. طلاق به ارادهٔ شوهر واقع می‌شود: مقصود این نیست که زن هرگز نمی‌تواند درخواست طلاق کند یا رأی دادگاه هیچ اثری در وقوع آن ندارد. زن حق دارد که با شرایط معین اجبار مرد را به طلاق بخواهد و دادگاه نیز در چنین موردی حکم به طلاق می‌دهد (تبصرهٔ الحاق شده به مادهٔ ۱۱۳۳ مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۹).

ولی، نکته در این است که باید بین موجبات طلاق و شرایط و ارکان وقوع آن تفاوت گذارد: در همهٔ موارد، خواه درخواست‌کنندهٔ طلاق شوهر باشد یا زن، مرد باید صیغهٔ طلاق را بگوید و آن را واقع سازد. در مواردی که زن درخواست طلاق دارد، دادگاه شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و نمی‌تواند به طور مستقیم نکاح را منحل سازد (مادهٔ ۱۱۲۹ ق.م.). منتها، اگر شوهر به اختیار حکم را اجرا نکند، دادگاه که مطابق اصول کلی نمایندهٔ قانونی ممتنع است (الحاکم ولی الممتنع) از طرف او زن را طلاق می‌دهد (بخش اخیر مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.).

در مورد همسر غایب هم، که به موجب مادهٔ ۱۰۲۹ ق.م. «حاکم او را طلاق می‌دهد»، دخالت مستقیم دادگاه به این دلیل است که اجبار غایبی که خبری از او

---

۱ و ۲. رک، .قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸.

نمی‌رسد امکان ندارد. پس، ناچار دادگاه بایستی به نمایندگی قانونی از طرف شوهر زن را طلاق دهد. در این مورد هم طلاق با حکم دادرس واقع نمی‌شود و نمایندهٔ دادگاه در محضر رسمی طلاق را به صیغهٔ معین و در حضور دو مرد عادل واقع می‌سازد.

در قانون حمایت خانواده، و قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ به جای صدور حکم بر اجبار شوهر به طلاق، دادگاه در موردی هم که زن درخواست کننده است گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند. این گواهی را در اصطلاح مرسوم آیین دادرسی نباید در زمرهٔ احکام آورد. ولی، رویهٔ قضایی ناچار شده است که بر آن آثار حکم را بار کند و به استناد گواهی دادگاه شوهر را به طلاق مجبور سازد.

۴. طلاق به اذن یا حکم دادگاه واقع می‌شود: در موردی که زن خواستار جدایی است، بی‌گمان بایستی برای احراز وجود عسر و حرج در ادامهٔ زندگی زناشویی از دادگاه حکم بگیرد و شوهر را بر مبنای آن اجبار به طلاق کند. ولی، در فرضی هم که شوهر مایل به جدایی است، بر طبق تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص، بایستی با تشریفات خاص و پس از رجوع به داوری، از دادگاه اذن به طلاق بگیرد. این اذن در قوانین حمایت خانواده «گواهی عدم امکان سازش» نامیده می‌شود. ضمانت اجرای تخلف از این حکم در قانون پیش بینی نشده است، ولی به تدریج این تمایل تقویت می‌شود که طلاقی که بدون اذن دادگاه و خودسرانه واقع شود باطل است.

۵. طلاق وسیلهٔ انحلال نکاح دایم است : اگر زناشویی برای مدت معین باشد (نکاح منقطع یا متعه) انحلال آن به وسیلهٔ بذل مدت از طرف شوهر یا در اثر تمام شدن مدت انجام می‌گیرد؛ چنان که مادهٔ ۱۱۲۰ ق.م. می‌گوید: **«عقد نکاح به فسخ یا بطلان یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود».**

۱۹۵. مفاهیم گوناگون طلاق :

هدف و چگونگی طلاق در قوانینی که آن را مجاز شمرده‌اند یکسان نیست. موجبات و طرز اجرای طلاق درکشورها را بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:[1]

۱. طلاق ناشی از اختیار مطلق مرد در خانواده است: او زن را به همسری انتخاب

---

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۴۱۲

می‌کند و هر زمان که بخواهد رهایش می‌سازد. یعنی، تنها مرد است که می‌تواند زن را طلاق دهد و دربارهٔ جدایی تصمیم بگیرد.

این اختیار رفته رفته در اثر عادت و رسوم و تعلیم‌های اخلاقی و فشارهای اجتماعی و سیاسی محدود شده است؛ چنان که در عرف ژرمن و جامعه‌های قدیم طلاق همین مفهوم را داشته است و، در حقوق اسلام، بذل مدت در نکاح منقطع و توانایی مرد در طلاق دادن زن بر همین مبنا استوار است. منتها، در این حقوق، تعلیم‌های اخلاقی مرد را از طلاق‌های بی مورد برحذر می‌دارد و خواهیم دید که به زن نیز اختیار می‌دهد تا در موارد معین از دادگاه درخواست طلاق کند.

۲. نکاح قراردادی است که برای مدت نامعین بین زن و مرد بسته می‌شود و هر یک از آنان حق دارد پیمانی را که بدین گونه بسته است برهم زند: در شوروی، پس از انقلاب، طلاق همین مفهوم را داشت، و در زمان حکومت استالین تبدیل به طلاق قضایی شد (قرائت و تمرین ش ٦). قانون ۲۰ سپتامبر ۱۷۹۲، پس از انقلاب کبیر فرانسه و در نتیجهٔ چیره شدن آرمان‌های مربوط به حفظ حقوق و آزادی‌های فردی، همین ترتیب را مقرر می‌داشت و یادآور نظام دیرین رومیان بود.[1]

۳. نکاح قراردادی است که، مطابق قواعد عمومی معاملات، دو طرف را به مفاد آن پای بند می‌کند و همان اراده‌هایی که عقد را به وجود آورده است می‌تواند آن را منحل سازد. همان گونه که در سایر قراردادها دو طرف عقد می‌توانند عقد را به تراضی اقاله کنند، در نکاح نیز زن و شوهر حق دارند با رضای یکدیگر پیمان زناشویی را برهم زنند (قانون بلژیک و کشورهای اسکاندیناوی و قانون ناپلئون ۱۸۰٤ در فرانسه).

٤. خانواده، پس از این که به رضای زن وشوهر تشکیل شد، سازمان حقوقی مستقلی است که انحلال آن به حکم قانون به وسیلهٔ دادگاه انجام می‌شود: به موجب این نظر، که امروز طرفدار بیشتری دارد، ارادهٔ زوجین حاکم بر آثار و انحلال نکاح نیست. زن و شوهر در انتخاب همسر آزادی کامل دارند. ولی، پس از عقد، آنان در موقعی قرار می‌گیرند که جزئی از پیکر اجتماع است و به همین دلیل نیز ارادهٔ عمومی (قانون) بر آن حکومت می‌کند. اجرای قانون با دادگاه است و هیچ کس حق ندارد قاضی کار خود باشد، پس طلاق عملی است قضایی که تنها به حکم دادگاه امکان‌پذیر

---

۱. ابری و رو، ج ۸، به وسیلهٔ اسمن، ش ۱۳۷.

است.

در «طلاق قضایی» نیز ارادهٔ زن و شوهر بی اثر نیست. زیرا، مانند سایر دادرسی‌ها، شروع رسیدگی دادگاه در این باره منوط به درخواست یکی از آنان است. منتها، این درخواست باید مستند به موجبات و دلایلی باشد که قانون مقرر داشته است. این موجبات نیز دو گونه است :

گاه هدف از طلاق درمان نابسامانی و نتیجهٔ شکست در زندگی زناشویی است و به عنوان آخرین دارو به کار می‌رود.

بر این مبنا، تمام عواملی که زندگی مشترک زن و شوهر را ناممکن یا دشوار می‌سازد از موجبات طلاق است، خواه این عوامل ناشی از تقصیر یکی از آنان باشد یا خود به خود ایجاد شود: ماند دیوانگی و بیماری‌های درمان‌ناپذیر.

عیب مهم این نظریه، که در حقوق آلمان و سویس پذیرفته شده، این است که، اگر دشوار بودن ادامهٔ زندگی مبنای اجازهٔ طلاق باشد، نداشتن توافق اخلاقی نیز یکی از موجبات آن است. پس، هر یک از زوجین که مایل به ادامهٔ زناشویی نباشد می‌تواند با بدسری و ناسازگاری خود، این وضع را به وجود آورد و زمینهٔ طلاق را به ارادهٔ خویش فراهم آورد.

برعکس، در پاره‌ای دیگر از قوانین، طلاق به عنوان کیفر تقصیر به کار می‌رود و ضمانت اجرای تکالیف زناشویی است. بدین ترتیب که، اگر یکی از زن و شوهر خطایی مرتکب شود که بنیان خانواده را متزلزل سازد، دیگری حق دارد از دادگاه طلاق بخواهد. طلاق مجازاتی است که دادگاه برای همسر خطاکار معین می‌کند و به همین دلیل، دعوای طلاق به طرفیت کسی که تقصیر نکرده هیچ گاه مسموع نیست.

این روش در قانون ۲۷ ژوئیهٔ ۱۸۸٤ فرانسه و حقوق انگلستان پیش از قانون ۱۹۳۷ پذیرفته شده بود، زیرا تا این تاریخ تنها دلیلی که می‌توانست مستند درخواست طلاق قرار گیرد، زنای همسر درخواست‌کننده بود. در حقوق شوروی سابق نیز، با این که قانون موجبات طلاق را معین نکرده بود و به نظر دادگاه واگذار می‌کرد، طلاق تشریفات و مخارج سنگین داشت و به دادرس توصیه شده بود که، جز در مورد دلایل قاطع، به خاطر احترام به خانواده و نکاح، از صدور حکم خودداری کند و همسر خطاکار را به پرداختن ۵۰۰ تا ۲۰۰۰ روبل محکوم سازد.

این قسم طلاق نیز، با اینکه محدودتر از سایر اقسام است، از سوءاستفادهٔ همسرانی

که مایل به جدایی از یکدیگرند جلوگیری نمی‌کند. زیرا آنان می‌توانند با تبانی قبلی به دادگاه رجوع کنند: یکی تقصیری را به دیگری نسبت دهد و او هم آن را بپذیرد و دادگاه نیز، که مطابق اصول آیین دادرسی بی طرف است، حکم طلاق را، به ظاهر به عنوان مکافات جرم و در باطن به دلیل توافق طرفین صادر کند. به همین دلیل، قانونگذارانی که واقع‌بین‌ترند (مانند بلژیک) تراضی زوجین را نیز در شمار موجبات طلاق آورده‌اند.

۱۹۶. طلاق در اسلام:

در حقوق اسلام، شوهر می‌تواند هر گاه بخواهد زن خود را طلاق دهد. زن نیز حق دارد، در موارد خاص مانند غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر و استنکاف و عجز او از دادن نفقه، از دادگاه طلاق بخواهد. به اضافه، زن یا شوهر می‌تواند، به دلیل عیب یا تدلیس همسر خود، نکاح را فسخ کند: یعنی، موارد انحلال نکاح درست مانند وضعی است که قانون مدنی پیش از وضع قانون حمایت خانواده داشت.

شاید در بادی امر چنین به نظر آید که، در جامعهٔ اسلامی، خانواده بنیان محکمی ندارد و کانونی است برای دفع شهوت و ارضای خودخواهی‌های مرد، زیرا اوست که زن را به همسری انتخاب می‌کند و هرگاه نخواست رهایش می‌سازد ولی این توهم نابجاست. حقوق هیچ ملتی را جدای از عادات و رسوم و اخلاق حاکم بر آن نمی‌توان به درستی فهمید. در میان همهٔ اقوام تجاوز به قانون و سوء استفاده از ظواهر آن کم و بیش وجود دارد. مسلمین نیز مصون از خطا نیستند، ولی مسلمان در رها کردن همسر آزاد و خودسر نیست و حفظ خانواده نیز از نظر شارع اسلام دور نمانده است.

قانونگذار اسلام، برای جلوگیری از طلاق دو تدبیر گوناگون اندیشیده است:

۱. **موانع حقوقی**: یکی از شرایط درستی طلاق این است که زن در دوران پاکیزگی خود باشد و در آن دوران بین او و شوهر نزدیکی واقع نشده باشد. پس از وقوع طلاق نیز شوهر باید، تا سر آمدن عده، زن را در خانهٔ خویش نگهدارد و مخارج زندگی او را همچنان بپردازد. در این مدت نیز رجوع به نکاح هیچ تشریفاتی ندارد و شوهر می‌تواند دوباره زندگی زناشویی را ادامه دهد.[۱]

---

۱. قرآن مجید، سورهٔ طلاق، آیهٔ ۱؛ سورهٔ بقره، آیهٔ ۲۲۸ (و بعولتهن احق بردهن ان ارادوا اصلاحاً).

بنابراین، جدایی زن و شوهر همیشه با مدتی «جدایی جسمانی» همراه است و عصبانیت و هوس‌های زودگذر خانواده را برهم نمی‌زند.

دستور داده شده است که، اگر بیم جدایی می‌رود، داورانی از خانواده‌های طرفین انتخاب شوند تا در اصلاح بین آنها اقدام کنند، طلاق باید به عبارتی خاص و در حضور دو مرد عادل انجام شود. رسم چنین است که مقدمات کار و اجرای صیغهٔ طلاق نزد مرد روحانی باشد تا او نیز، به نوبهٔ خود، زیان‌های ناشی از طلاق را یادآوری کند. اجرای مراسم مذهبی طلاق چنان دشوار است که بسیاری از صاحبان محاضر رسمی از داشتن دفتر ثبت طلاق پرهیز می‌کنند و حتی پاره‌ای از آنان از عقد کردن زنان طلاق گرفته نیز اکراه دارند.

۲. *تعلیم‌های اخلاقی*: چنان که گفته شد، در خانواده اخلاق بیش از قواعد حقوق حکومت دارد و هیچ نیرویی جز بیداری وجدان و اعتقادهای درونی نمی‌تواند ضامن حفظ و سلامت آن باشد. آن که سودای جدایی در سر دارد، اگر در دل احساس شرمساری نکند، اسباب خارجی آن را سرانجام فراهم می‌سازد. در کشورهایی که طلاق محدود به موارد معین و منوط به حکم دادگاه است، همه می‌دانند که با چه سهولتی می‌توان برای آن مجوز به دست آورد. تجربه نشان داده است که بیکاری و فقر و سستی مبانی اخلاقی و جلوگیری از باردار شدن و بسیاری عوامل دیگر بر شمار طلاق‌ها می‌افزاید، هر چند که قانون آن را محدود یا ممنوع سازد.

مرد مسلمانی که به راستگویی پیامبر و قدرت خداوند ایمان دارد و سعادت و ذلت خویش را وابسته به ارادهٔ پروردگار می‌داند، وقتی دانست که شارع طلاق را مکروه می‌شمرد و خداوند کسانی را که خودسرانه و بی دلیل زن تازه می‌گیرند دوست ندارد، به آسانی از همسر خود جدا نمی‌شود[1]؛ وقتی شنید که عرش از طلاق می‌لرزد، یا منافقان به طلاق سوگند می‌خورند[2]، آن را بی اهمیت و ساده نمی‌پندارد؛ وقتی دستور

---

۱. روایت عبدالله عمر از پیامبر که فرمود: «دشمن‌تر چیزی که خدای دارد از چیزهای حلال طلاق است» (تفسیر ابوالفتوح رازی، ج ۵ سورهٔ طلاق، ص۳۴۲)، و روایت ابوموسی اشعری از پیامبر: «لا تطلقوا النساء الامن ریبة فان الله لا یحب الذواقین و الذواقات»، طلاق ندهید زنان را الا از تهمتی، که خدای تعالی ذواقان را دوست ندارد، یعنی کسانی که هر وقت که خواهند زنی نو کنند از مردان، و زنان که شوهری نو کنند (تفسیر مجمع البیان شیخ طبرسی، ج ۱۰، ص ۳۰۴ - تفسیرابوالفتوح، ج ۵ ص ۳۳۲).

۲. روایت حضرت علی و انس از پیامبر (کتاب‌های یاد شده).

خداوند را بر حسن معاشرت با زن خواند و هشدار قرآن را بر این که «اگر زنان خویش را نمی‌خواهید، چه بسا چیزها را که مکروه می‌شمارید و خداوند در آن نیکی بسیار قرار می‌دهد»[1] شنید، به اندک کدورت دامن صبر از دست نمی‌دهد.

همچنین، زن مسلمانی که توصیه‌های شارع در مهربانی کردن با شوهر و اطاعت از او را به یاد دارد با همسرش ناسازگاری نمی‌کند و از بیم مکافات خداوند دامن آلوده نمی‌سازد و به نامحرمان به دیده هوس نمی‌نگرد.

با این که آمار درستی از میزان طلاق نداریم، همه به خوبی می‌دانند که در خانواده‌های مذهبی به ندرت از جدایی سخن گفته می‌شود و بیشتر مردم طلاق را فاجعه‌ای ناگوار می‌دانند.

با وجود این، باید اعتراف کرد که نظام اسلامی خانواده در اجتماعی نتایج دلخواه را به بار می‌آورد که مردم به اخلاق مذهبی معتقد باشند و اساس آن بر مبانی اسلامی استوار باشد. اگر اخلاق مذهبی از احکام طلاق جدا شود، سوءاستفاده‌ها و زورگویی‌ها نیز آغاز می‌شود و این است دلیل اصلی شکایاتی که، پیش از قانون حمایت خانواده، از گوشه و کنار در باب احکام قانون مدنی به گوش می‌رسید.

۱۹۷. اثر فوری قوانین راجع به طلاق :

در اثر نکاح، بین زن و شوهر رابطهٔ حقوقی ایجاد می‌شود که مدت‌ها باقی می‌ماند. ممکن است در این دوران قانون جدیدی بگذرد و موارد انحلال نکاح را تغییر دهد، پس این بحث به میان می‌آید که آیا مقررات جدید دربارهٔ نکاحی که پیش از آن منعقد شده است اجرا می‌شود یا فقط ناظر به زناشویی آینده است؟

به ویژه، با تصویب قانون حمایت خانواده و اصلاح آن و تغییر پاره‌ای از احکام مدنی، این بحث اهمیت خاص یافت. به موجب این قانون، شوهر برای طلاق باید از دادگاه اذن بگیرد و زن در مواردی می‌تواند از دادگاه طلاق بخواهد که پیش از آن نمی‌توانست. بنابراین، باید دید مردی که در زمان حکومت قانون مدنی ازدواج کرده، آیا در طلاق دادن زن خود آزاد است یا قانون جدید بر او حکومت می‌کند؟

برای پاسخ دادن به این پرسش، باید یادآور شد که رابطهٔ بین زن و شوهر تابع

---

۱. و عاشروهن بالمعروف فان کرهتموهن فعسی ان تکرهوا شیئاً و یجعل الله فیه خیراً کثیراً (سورهٔ نساء).

قرارداد بین آنها نیست. نکاح «سازمان حقوقی» ویژه‌ای است که به حکم قانون ایجاد می‌شود و تابع مقررات آن است پس، هر زمان که قانون تغییر کند، شرایط و چگونگی این رابطه نیز دگرگون می‌شود و هیچ حق ثابتی برای زوجین نسبت به قانون سابق به وجود نمی‌آید.

وانگهی، طلاق را نباید در زمرهٔ آثار نکاح یا از توابع آن شمرد و به همین جهت نیز شرایط تحقق و موجبات آن تابع قوانین معتبردر زمان وقوع عقد نیست.[1]

اجرای فوری قوانین یا تأثیر آنها به گذشته منوط به نظر قانونگذار است. مقصود از قوانین مربوط به حمایت خانواده این است که انحلال تمام خانواده‌ها تابع آن باشد و هیچ طلاقی بدون اذن یا حکم دادگاه انجام نشود. پس، چگونه می‌توان خانواده‌ها را به دو دسته تقسیم کرد: دسته‌ای که پیش از تصویب قانون جدید تشکیل شده و تابع قانون مدنی سابق است، و دسته‌ای که از این پس به وجود می‌آید و به موجب قوانین جدید اداره می‌شود؟

اگر دعوایی پیش از تصویب قانون جدید برای طلاق اقامه شده باشد، و در خلال دادرسی قانون تغییر کند، دادگاه بایستی بر طبق این قانون حکم دهد. زیرا حکم طلاق موقعیت تازه‌ای در رابطهٔ زن و شوهر ایجاد می‌کند و، برخلاف سایر احکام، اعلام‌کنندهٔ وضع گذشته نیست. این وضع جدید تابع قانون حاکم در زمان ایجاد آن است و دادگاه نمی‌تواند، به استناد مقررات منسوخ گذشته، حکم به طلاق دهد.

برعکس، در موارد فسخ نکاح، چون حکم دادگاه جنبهٔ اعلامی دارد و ناظر به درستی یا نادرستی فسخ در گذشته است، تغییر قانون عمل حقوقی را که در سابق انجام شده است دگرگون نمی‌سازد.

آنچه گفته شد، دربارهٔ موجبات طلاق است. شرایط درستی طلاق، که مربوط به ماهیت عمل حقوقی می‌شود، تابع قانونی است که در زمان حکومت آن طلاق واقع می‌گردد. پس، اگر دادگاه اذن یا حکم به طلاق دهد و پس از آن قانونی شرایط مربوط به مهر زن یا شهادت دو عادل را تغییر دهد، طلاق بایستی بر طبق قانون جدید واقع شود تا نفوذ حقوقی داشته باشد، خواه قانون جدید شرایط را دشوارتر سازد یا از سختگیری‌ها و تشریفات بکاهد. تصمیم دادگاه طلاق را اجازه می‌دهد یا شوهر را

---

۱. ناصر کاتوزیان، تعارض قوانین در زمان، حقوق انتقالی، ش ۸۷

محکوم به اجرای آن می‌کند، ولی جدایی از زمانی آغاز می‌شود که صیغهٔ طلاق در محضر خوانده شود.

دربارهٔ عدّهٔ طلاق، بر فرض که عدّه را تابع طلاق بدانیم، این موقعیت در زمرهٔ آثار طلاق است و قانون جدید آثار موقعیت‌های گذشته را نیز اداره می‌کند. بنابراین، تا زمانی که عده پایان نیافته است، قوانین جدید دربارهٔ آن رعایت می‌شود، ولی هیچ قانونی گذشته را تغییر نمی‌دهد. پس، هرگاه قانونی بر مدت عده بیفزاید، عدّه‌ای که پیش از آن آغاز شده است هنگامی پایان می‌یابد که مدت افزوده شده نیز بگذرد. برعکس، اگر قانون عده را کوتاه‌تر کند، وقتی عده سپری می‌شود که یا مدت کوتاه‌تر از زمان اجرای قانون جدید بگذرد، یا جمع مدتی که در زمان دو قانون سپری شده است به اندازهٔ عدهٔ سابق بشود.

ولی، در این که آیا طلاق به «عده» نیاز دارد یا زن بی‌درنگ آزاد است تا شوهر کند، به نظر می‌رسد که قانون حاکم بر طلاق پاسخگو باشد. زیرا، لزوم نگاه داشتن عده در واقع به وصف طلاق باز می‌گردد و این وصف (مانند باین یا رجعی بودن) با خود طلاق به وجود می‌آید.[1]

---

۱. همان کتاب.

قرائت و تمرین (۶)

۱. آثار اجتماعی و لزوم طلاق

امکان انحلال خانواده از اموری است که دربارهٔ سود و زیان آن گفتگو بسیار شده است. تعارض دلایل به گونه‌ای است که، نه تنها حقوق موضوعهٔ کشورها و علمای اجتماعی، پیامبران و رهبران اخلاقی نیز نتوانسته‌اند در این باب به توافق کامل برسند.

در حالی که مذهب کاتولیک طلاق را ممنوع می‌دارد، پروتستان‌ها و ارتدکس‌ها آن را پذیرفته‌اند، چندان که بحث دربارهٔ منع و اباحهٔ طلاق در فرانسه به صورت یک مسألهٔ سیاسی در آمده است؛ مسأله‌ای که کاتولیک‌ها و کلیسا، همچون حزبی سیاسی، با آن مبارزه می‌کنند.[۱] در اسلام، با همه توصیه‌هایی که در آن نسبت به حفظ خانواده و احتراز از طلاق شده است، از نظر حقوقی شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد زن خود را طلاق دهد و زن نیز اختیار دارد تا در موارد خاص از دادگاه درخواست طلاق کند.

در لزوم پیش بینی طلاق استدلال شده است که، اگر زن و مردی در زندگی مشترک خود احساس آسایش و نیک بختی نکنند، چرا باید ناگزیر از ادامهٔ آن باشند؟ احترام به شخصیت و آزادی انسان ایجاب می‌کند که اگر نتوانسته است کانون محبتی تشکیل دهد تا پایان عمر محکوم به ادامهٔ آن نباشد. باید به او فرصت داد تا زندگی را از نو آغاز کند و محرومیت‌های گذشته را در خانوادهٔ دیگری جبران سازد. اتحادی که در آن توافق و همفکری نباشد چگونه می‌تواند به حیات خود ادامه دهد؟ مرد پارسایی که همسرش پردهٔ عفاف دریده و همخوابهٔ این و آن شده است چطور باید او را تحمل کند، و زنی شرافتمند تا کجا می‌تواند در زندگی مردی شریر و جانی شریک باشد؟

نتیجهٔ حفظ چنین خانواده‌ای جز این نیست که زن و مرد درمان غم و رنج خود را در آغوش دیگری جستجو کنند؛ به ظاهر عضو خانواده‌ای باشند ولی در وجدان خویش هیچ

---

۱. ابری و رو، چاپ هفتم، ج ۷، به وسیلهٔ اسمن، ش ۱۳۵.

مسؤولیتی در حفظ نظام آن احساس نکنند. فرزندان این خانواده نیز سرنوشتی بهتر از پدر و مادر خود ندارند. زیرا، کودکی که دامن آلودهٔ پدر و مادر را می‌بیند و از نزاع دایمی آنان رنج می‌برد، چگونه می‌تواند تربیتی شایسته بیابد و آمادهٔ پیکار در زندگی شود؟ آن که دست نوازشی بر سر خود احساس نکرده است با دیگران مهربانی نخواهد کرد و آن که در خانواده‌اش از صمیمت و فداکاری خبری نبوده است معنی تعاون اجتماعی را نمی‌فهمد. پس، باید این سلول پوسیده و آلوده را منحل کرد تا زمینهٔ ایجاد کانون بهتری فراهم شود.[1]

برعکس، نویسندگانی که طلاق را زیان آور می‌شمرند، اهمیت و فایدهٔ نکاح را در انحلال‌ناپذیری آن می‌دانند. به گفتهٔ اگوست کنت، تصور امکان تغییر همسر باعث انحلال خانواده می‌شود. همین اندازه که طلاق در قانون پیش بینی شود، هر اندازه که موارد آن محدود باشد، سبب تحریک اشخاص بر اقدام به جدایی می‌شود و بنیان خانواده را متزلزل می‌سازد. امیل دورکیم، پدر جامعه‌شناسی علمی، در کاوش‌هایی که برای یافتن علل خودکشی و راه پیشگیری از آن کرد، به این نتیجه رسید که نکاح اثر بسیار مطلوبی در لجام زدن به هوس‌های اشخاص دارد و مرز اخلاقی مفیدی برای آنهاست، ولی، به همان اندازه که انحلال نکاح آسان‌تر شود، از اثر آن کاسته می‌شود.[2]

به نظر این گروه، دلایلی که برای لزوم پیش بینی طلاق گفته شده مبالغه‌آمیز و نادرست است؛ اگر اشخاص، غافل از دیگران، تنها در پی سعادت خود باشند، اجتماع هرگز روی سعادت و آسایش را نمی‌بیند.

انسان تنها به خاطر این زاده نشده است که سعادتمند باشد؛ آمده است تا دیگران را خوشبخت سازد. خودخواهی همسری را که برای آسودگی خود مایل به انحلال خانواده است، تکلیف او در تأمین سعادت همسر و فرزندان محدود می‌کند.

در برابر حقی که او برای تأمین آسایش خود دارد، فرزندان او نیز حق دارند که آسوده بسر برند. مسؤول زندگی و تأمین سعادت کودکان و خانواده او است و این تکلیف باید بر هوس‌ها مقدم داشته شود.

کودکی که به خاطر جدایی پدر و مادر ناچار است تا یکی از این دو محبت را از دل بیرون کند، در واقع نیمی از دنیای خود را تمام شده می‌داند. بیشتر این کودکان از داشتن مربی دلسوز محروم می‌مانند و آمار نشان می‌دهد که پدر و مادر ۷۰ درصد از جوانان مجرم از هم جدا شده

---

۱. ژوسران، درس حقوق مدنی موضوعهٔ فرانسه، چاپ سوم، ج ۱، ش۹۰۷ به بعد - مارتی و رینو، حقوق مدنی، ج ۱ ، ش ۵۷۷ - کاربونیه، «زمین و آسمان در حقوق نکاح فرانسه»، یادنامهٔ ریپر، ج ۱، ص ۳۲۸ به بعد - ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۴۰۸ به بعد.

۲. دورکیم، خودکشی، کتاب دوم، فصل پنجم بند۴ (نقل از پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، خانواده، ش ۴۹۶).

بوده‌اند. کدورت‌های خانوادگی، اگر ناپایدار و به قصد بر هم زدن پیوند زناشویی نباشد، همیشه قابل جبران است، ولی انحلال خانواده دردی است که به هیچ دارویی درمان نمی‌شود.

پیش بینی طلاق، نه تنها از روابط آزاد زن ومرد نمی‌کاهد، آن را ترویج نیز می‌کند زیرا، همسری که با دیگری رابطهٔ دارد همیشه امیدوار است که روزی هوس خویش را به لباس قانونی و مشروع در آورد و با عاشق خود خانوادهٔ دیگری تشکیل دهد. پس، در تصمیم خود استوارتر می‌شود، به عشق ناپاک دامن می‌زند و برای این که مانعی در سر راه نداشته باشد، از بچه‌دار شدن نیز می‌گریزد: یعنی، اخلاق عمومی را به فساد و تباهی می‌کشد، و با محدود کردن نسل، از اقتدار ملی و اقتصادی کشور نیز جلوگیری می‌کند.[1]

برای نتیجه‌گیری از این بحث، باید دانست که دلایل هر دسته با پاره‌ای از حقیقت همراه است ولی هیچ کدام نیز قاطع به نظر نمی‌رسد. انسان‌ها از حیث عواطف با هم برابر نیستند، و روابط اجتماعی چندان پیچیده و مبهم است که هیچ گاه نمی‌توان به عدالت مطلق رسید. بنابراین، قانون عمومی و نوعی، هر اندازه که متکی بر حقیقت باشد، همیشه عدالت را حفظ نمی‌کند.

باید به اخلاق روی آورد و تمهیدی اندیشید که مردم اعتبار و اهمیت خانواده را در دل احساس کنند؛ زن و مرد در روابط خود جانب انصاف بدارند و همه نیکی‌ها را برای خود نخواهند.

قانون نیز در راه رسیدن به این مقصود مؤثر است. باید در استقرار خانواده کوشید، ولی حفظ سلول فاسد نیز ثمری برای جامعه ندارد. پیش بینی طلاق، به عنوان امری مکروه ولی لازم، مفید است اما باید موارد آن، در چهارچوب اخلاق و باورهای عمومی، محدود باشد.

محاکم نبایستی بازیچهٔ دست وکلای طرفین و حیله‌های حقوقی ایشان شوند، یا امر طلاق را به چشم دعاوی بی‌اهمیت نگرند. باید دید در هر مورد خاص عدالت چه اقتضا دارد و محرک رجوع به دادگاه چیست، و حکم به جدایی مصلحتی را رعایت می‌کند یا مفسدتی به بار می‌آورد.

۲. طلاق در قوانین خارجی

در حقوق رم و قوانین همسایگان امپراتوری طلاق بین زن و شوهر به سادگی پذیرفته شده

---

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۴۱۴ – کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۳۳۰ – پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۴۹۶ و ۴۹۷ لئون مازو در مجلهٔ دالوز ۱۹۴۴ پیشنهاد کرد که زوجین بتوانند نکاح را به تراضی به گونه‌ای انحلال‌ناپذیر منعقد سازند. این پیشنهاد به وسیلهٔ هانری مازو در کمیسیون تجدیدنظر ق.م . مطرح شد ولی مقبول نیفتاد. در نقد این نظر رک. اسمن در، ابری و رو، ج ۷، ش ۱۳۵ ، پاورقی ش ۱۱ از فصل ۷۴۷.

بود. آنان می‌توانستند به توافق از هم جدا شوند. حتی به کراهت یکی از آن دو میسر بود، جز این که هرگاه همسری که نکاح را رد می‌کرد، دلیل مشروع برای این اقدام خود نداشت، مجازات می‌شد.

به موجب رسوم ژرمنی، شوهر هر گاه مایل بود می‌توانست زن خود را طلاق دهد.[1]

در بیشتر قوانین امروز طلاق پذیرفته شده است. قانون مدنی فرانسه، با وجود مخالفت‌های شدید بسیاری از استادان و پیروان مذهب کاتولیک، طلاق را در موارد خاص و به حکم دادگاه می‌پذیرد. در قانون مدنی سویس، گذشته از موارد ترک خانواده بیش از دو سال (مادهٔ ۱٤۰) و جنون درمان ناپذیری که سه سال ادامه داشته باشد (مادهٔ۱٤۱) به دادرس اجازه داده شده است تا در هر مورد که زندگی مشترک بین زن وشوهری را تحمل‌ناپذیر می‌بیند حکم به طلاق دهد (مادهٔ۱٤۲).

مانند همین اختیار در مادهٔ ۱۵۲۸ قانون مدنی آلمان برای قاضی شناخته شده است. طلاق قضایی در انگلستان نیز، در مواردی شبیه آلمان و سویس، پذیرفته می‌شود.

در پاره‌ای از قوانین، مانند قوانین مدنی بلژیک و کشورهای اسکاندیناوی، علاوه بر مواردی که هر یک از زوجین به حکم قانون می‌تواند از دادگاه طلاق بخواهد، زن وشوهر حق دارند به تراضی انحلال نکاح را درخواست کنند.

قانون مدنی ۱۹۱۸ - ۱۹۲٦ اتحاد جماهیر شوروی، طلاق به تراضی و حتی به ارادهٔ هر یک از زوجین را می‌پذیرفت: یعنی، بدون این که مقامات قضایی در این کار دخالت کنند، زن یا شوهر می‌توانست تصمیم خود را دربارهٔ انحلال در دفتر احوال شخصیه ثبت کند و همین امر سبب جدایی او و همسرش بود. ولی به موجب فرمان ژوئیهٔ ۱۹٤٤، طلاق تنها به وسیلهٔ حکم دادگاه ممکن است.

در این فرمان، ارزیابی دلایل درخواست طلاق به نظر دادگاه واگذار شده، و قانون هیچ موجب خاصی را برای طلاق پیش بینی نکرده است.

در قانون مدنی ۱۹٤۹ چکسلواکی سابق و قانون ۱۹۵۰ لهستان، طلاق به حکم دادگاه در مواردی که عدم توافق بین زن و شوهر عمیق و دایمی باشد، اجازه داده شده است. نکتهٔ جالبی که درلهستان پیش بینی شده، لزوم حفظ منافع فرزندان خانواده است. به موجب این قانون، اگر جدایی زن و شوهر با مصالح فرزندان ایشان منافات داشته باشد، دعوای طلاق هیچ گاه پذیرفته نمی‌شود.

در قانون مدنی پرتقال، اختیار درخواست طلاق تابع احکام مذهبی است که زن و شوهر

---

۱. ابری و رو، ج ۷، به وسیلهٔ اسمن، ش ۱۳۴.

به آن اعتقاد دارند، و به همین دلیل طلاق برای کاتولیک‌ها ممنوع است. در قانون مدنی مصر نیز، بین مسلمین و اقلیت‌های مذهبی تفاوت گذارده شده است. مرد مسلمان می‌تواند هر گاه بخواهد زن خود را طلاق دهد و زن نیز در موارد خاص، مانند غیبت طولانی و نپرداختن نفقه، از دادگاه درخواست طلاق کند. ولی، دربارهٔ اقلیت مسیحی و قبطیان، طلاق به حکم دادگاه و در موارد معین انجام می‌شود.

برعکس، در اسپانیا و ایرلند و پاره‌ای از کشورهای امریکای جنوبی، به پیروی از مقررات مذهب کاتولیک، طلاق ممنوع است. زن و شوهری که سازگاری ندارند، حق دارند دور از هم زندگی کنند (Séparation de corps). ولی، پیوند زناشویی را در هیچ حالتی نمی‌توان گسست. ولی، در ایتالیا، با این که مهد کاتولیک و نزدیک‌ترین سازمان سیاسی به کلیسا است، با تجدیدنظر در قانون مدنی، طلاق پذیرفته شد.

مبحث دوم: شرایط صحت طلاق

۱۹۸. شرایط اساسی و صوری :

شرایط درستی طلاق را به دو گروه اصلی می‌توان تقسیم کرد:

گروهی که مربوط به ارکان اساسی ایقاع است، مانند قصد و رضا و اهلیت مرد، معین بودن موضوع طلاق، پاکیزه بودن زن و مانند اینها؛ و گروه دیگر، که ناظر به چگونگی صورت خارجی و تشریفات وقوع آن است، مانند به کار بردن الفاظ خاص در حضور دو مرد عادل و صدور حکم یا اذن از طرف دادگاه.

گفتار نخست: شرایط اساسی

۱۹۹. تعداد این شرایط:

طلاق ایقاعی است که از طرف شوهر انجام می‌شود. دربارهٔ شرایط درستی ایقاعات قانون مدنی حکم خاص ندارد، ولی شرایط اساسی قراردادها را، تا جایی که با طبیعت این گونه اعمال موافق باشد، باید در ایقاعات نیز لازم دانست.[1] به اضافه، اهمیت اجتماعی طلاق سبب شده است‌که قانون پاره‌ای از این شرایط را در طلاق تکرار کند، مانند لزوم اهلیت و داشتن قصد برای مرد (مواد ۱۱۳٦ و ۱۱۳۷ ق.م.)، و حتی شرایط خاصی بر قواعد عمومی قراردادها بیفزاید: مانند لزوم منجز بودن طلاق (مادهٔ ۱۱۳۵ ق.م.).

با این که زن به عنوان اصیل هیچ دخالتی در طلاق ندارد، قانون شرایط خاصی را در او شرط کرده است: مانند لزوم پاکیزگی و گذشتن مدتی از آخرین نزدیکی (مواد ۱۱٤۱ و ۱۱٤۲). بنابراین، شرایط اساسی طلاق را بدین شرح می‌توان دسته بندی کرد:

۱) قصد و رضای شوهر ؛ ۲) اهلیت شوهر ؛ ۳) معین بودن موضوع؛ ٤) شرایط لازم در زن.

---

۱. رک: ناصر کاتوزیان، ایقاع، ش ۸۰ بعد.

۱. قصد و رضای شوهر

۲۰۰. وجود ارادهٔ باطنی یا حقیقی :

طلاق از اعمال ارادی است و نفوذ آن به ارادهٔ شوهر بستگی دارد. پس، اگر کسی قصد رها کردن زن خود را نداشته باشد ولی در حال خواب یا بیهوشی و مستی کلماتی در این باب بگوید، یا به شوخی الفاظ مخصوص را به زبان آورد، طلاق واقع نمی‌شود (مادهٔ ۱۱۳۶ ق.م.). همچنین، اگر مقصود شوهر امر دیگری باشد و به اشتباه برای بیان مقصود خود، صیغهٔ طلاق را بگوید، یا مردی که دو زن دارد یکی را به جای دیگری طلاق دهد (اشتباه در شخصیت طرف) عمل او اثر حقوقی ندارد، زیرا متکی بر اراده باطنی نیست.[۱]

برای صحت طلاق، وجود قصد به تنهایی کافی نیست. طلاق‌دهنده باید راضی باشد و در محیطی خالی از ترس و تهدید تصمیم گیرد. در طلاق نیز، مانند قراردادها، اکراه از عیوب رضا است، چنان که مادهٔ ۱۱۳٦ قانون مدنی می‌گوید: «**طلاق‌دهنده باید... قاصد و مختار باشد**». ولی اختلاف شده است که در طلاق نیز رضای بعدی مکره طلاق را نافذ می‌گرداند، یا مادهٔ ۲۰۹ ق.م. که می‌گوید: «**امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است**» مخصوص قراردادهاست و طلاق ناشی از اکراه به کلی باطل‌است؟

در فقه امامیه، گذشته از کسانی که اعمال مکره را در همه موارد باطل دانسته‌اند، عقیدهٔ عموم بر بطلان طلاق ناشی از اکراه است و روایات متعددی مبنای این گفته قرار گرفته است .[۲]

---

۱. همان طور که پاره‌ای از فقیهان گفته‌اند، اگر غضب شوهر نیز هنگام طلاق چندان باشد که قصد او را از بین ببرد، طلاق درست نیست ؛ چنان که محقق در شرایط طلاق خلع، غضب را در ردیف جنون و مستی رافع قصد شمرده و صاحب جواهر این نظر را تقویت کرده است .ولی، با وضع کنونی قوانین، این گونه طلاق‌ها دیگر نمی‌تواند واقع شود، مگر این که شوهر پس از گرفتن اذن دادگاه، در استفادهٔ از آن مردد باشد و ناگاه در اثر غضب شدید طلاق را در محضر انجام دهد.

۲. علامهٔ حلی، تحریر، ج ۲، ص ۵۱ - شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۵۶ - شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۱۷۱؛ ج ۲، ص ۲ - شرح لمعه، ج ۱، ص ۲۳۹ ؛ ج ۲، ص ۱۲۱ - میرزا نائینی، منیةالطالب، ج ۱، ص ۱۸۴ - سید محمد کاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۲۶۴ - شیخ طوسی، ←

پاره‌ای استادان نیز، با توجه به نظر مشهور بین فقها، طلاق مکره را باطل دانسته‌اند.[۱]

با وجود این، اعتبار این نظر بیشتر به ملاحظهٔ مصلحت است تا رعایت قواعد. زیرا، اگر رضای مکره بتواند قراردادی را که او به زور امضا کرده است نافذ کند، چرا نباید در ایقاع ناشی از اکراه مؤثر باشد؟[۲]

علت اصلی ایجاد تعهد در قراردادها ارادهٔ متعهد است و لزوم موافقت دیگری به خاطر اثری است که این تعهد در دارایی او می‌گذارد. پس، در نخستین نگاه موجبی وجود ندارد که مادهٔ ۲۰۹ قانون مدنی مخصوص به قراردادها شود و در طلاق قابل اعمال نباشد.

با این همه، نظر به این که به موجب لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص (۱۳۵۸) دعوای راجع به اصل نکاح و طلاق به دادگاه شرعی رجوع می‌شود، می‌توان پیش‌بینی کرد که این دادگاه نیز نظر مشهور فقها را در مورد بطلان طلاق ناشی از اکراه اعمال می‌کند و در نتیجه قانون شرع بر آنچه از مبانی قانون مدنی برمی‌آید رجحان می‌یابد و حقوق موضوعه کنونی را تشکیل می‌دهد.

در توجیه این نظر می‌توان گفت، به دلیل اهمیتی که طلاق از نظر اجتماعی دارد، قانون گذار لازم می‌بیند که هنگام جدایی شوهر دارای ارادهٔ سالم و تصمیم راسخ باشد، چنان که بطلان طلاق معلق نیز بر همین مبنا استوار است. به ویژه که طلاق عمل حقوقی تشریفاتی است وضرورت دارد که، در زمان انجام دادن تشریفات و ادای صیغهٔ خاص طلاق، اراده کامل باشد و شهود چنین اراده‌ای را استماع کنند. به بیان دیگر، وقوع طلاق تنها به اعلام اراده بستگی ندارد تا بتوان گفت رضای بعدی نیز توانایی کامل ساختن آن را دارد ؛ رضای کامل به هنگام اجرای صیغه و استماع شهود شرط درستی طلاق است.

به هر حال، در مواردی که دادگاه، به درخواست زن، شوهر را اجبار به طلاق

←خلاف، ج ۲، ص ۴۵۳ - مبسوط، ج ۵، ص ۵۱ - فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۹۴ - سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۱۹۸.

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۲۳ - دکتر سید علی شایگان، ش ۷۶۲، ص ۳۵۴.

۲. در این باره رک. ناصر کاتوزیان، ایقاع، ش ۸۴

می‌کند، طلاق اکراه‌آمیز محسوب نمی‌شود (مادهٔ ۲۰۷ ق.م.).

۲۰۱. طلاق دهنده باید جازم باشد:

طلاق با تردید ممکن نیست. طلاق دهنده باید در تصمیم خود جازم باشد و نمی‌تواند آن را معلق به شرط سازد. مادهٔ ۱۱۳۵ قانون مدنی در این باب می‌گوید: **«طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است»**. بنابراین، اگر گفته شود زن خود را طلاق دادم هرگاه تا سال آینده پسری نزاید، این طلاق باطل است، هر چند که شرط نیز محقق شود.[1] زیرا تزلزل وضع خانواده تا هنگام وقوع شرط با نظم عمومی منافات دارد.

طلاق در صورتی معلق است که وقوع شرط در آینده مسلم نباشد. پس، اگر گفته شود زن خود را به شرط طلوع آفتاب فردا طلاق دادم، تعلیق ظاهری است و هیچ تردیدی در تحقق آن وجود ندارد. همچنین، اگر طلاق معلق به یکی از شرایط درستی آن شود، باطل نیست (مستفاد از مادهٔ ۷۰۰ ق.م. در ضمان).

۲۰۲. لزوم اعلان اراده:

طلاق، مانند سایر اعمال حقوقی، تنها به ارادهٔ باطنی واقع نمی‌شود. باید ارادهٔ طلاق‌دهنده به صیغهٔ طلاق گفته شود. در مادهٔ ۱۱۳۴ ق.م. آمده است که: **«طلاق باید به صیغهٔ طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد»**.

لازم نیست که اعلان اراده به وسیلهٔ شخص طلاق دهنده صورت پذیرد. **«ممکن است صیغهٔ طلاق را به توسط وکیل اجرا نمود»** (مادهٔ ۱۱۳۸ ق.م..) همچنین **«ولی مجنون دایمی می‌تواند، در صورت مصلحت مولی علیه، زن او را طلاق دهد»** (مادهٔ ۱۱۳۷ ق.م.).

در موردی هم که دادگاه به درخواست زن حکم به طلاق می‌دهد (در مورد غایب) یا شوهر را اجبار به طلاق می‌کند، اگر او مفاد حکم را اجرا نکند، دادگاه طلاق را به وسیلهٔ «نمایندهٔ قضایی» شوهر واقع می‌سازد. بدین ترتیب که نماینده‌ای را مأمور می‌کند تا از جانب شوهر در محضر طلاق حاضر شود و صیغهٔ طلاق را بگوید. همچنین ممکن است این نمایندگی را قانون به صاحب دفتر طلاق بدهد و او را مأمور اجرای صیغهٔ

---

۱. سید مرتضی، الانتصار، ص ۷۱.

طلاق سازد (مادهٔ ۲۱ قانون حمایت خانواده).

۲۰۳. امکان وکالت دادن به زن:

به موجب مادهٔ ۱۱۱۹ قانون مدنی: **«طرفین عقد ازدواج می‌توانند، هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل این که شرط شود، هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوءقصد کند یا طوری رفتار نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد».**

فایدهٔ وکالت دادن ضمن عقد ازدواج این است که، وکالت در حال طبیعی عقدی است جایز، پس شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد زن را از وکالت در طلاق عزل کند. ولی، اگر وکالت به صورت شرط ضمن عقد نکاح در آید، لزوم عقد اصلی مانع از آن می‌شود که مرد بتواند سمت زن را از او بگیرد.

چون به طور معمول اشخاص عادی نمی‌توانند تشریفات اجرای طلاق را انجام دهند، مرسوم است که به صاحب دفتر طلاق در این خصوص وکالت داده می‌شود. پس، برای اینکه زن بتواند این وکالت را نیز بدهد، شوهر به او اجازه می‌دهد که، در اجرای نمایندگی خود، بتواند به دیگری وکالت بدهد: یعنی علاوه بر وکیل وکیل در توکیل نیز باشد.

چنان‌که ملاحظه شد، آنچه در قانون مجاز شناخته شده موردی است که شوهر در موارد خاص به زن وکالت می‌دهد که پس از اثبات در دادگاه خود را مطلقه سازد. بی‌گمان، مواردی که در قانون مدنی به آن اشاره شده به عنوان نمونه و مثال است و مرد می‌تواند وکالت زن را مشروط به امور دیگر سازد. ولی، آیا می‌توان بدون هیچ قید و شرطی به زن وکالت داد تا هر گاه خواست خود را طلاق دهد یا برای اثبات شرط تحقق وکالت نیازی به رجوع به دادگاه نداشته باشد؟

فقهای امامیه وکالت دادن به زن را به‌طور اطلاق پذیرفته‌اند[1] و پاره‌ای استادان نیز این نظر را تأیید کرده‌اند[2]. برعکس، بعضی از نویسندگان، وکالت بدون قید وشرط زن را با حفظ اساس خانواده و نظم عمومی مخالف دانسته‌اند.[3]

پاسخ این پرسش را در حقوق کنونی دانستیم (ش ۱٦۸) و کافی است یادآور شویم که، زن در این گونه موارد باید از دادگاه گواهی عدم امکان سازش بخواهد و دامنهٔ وکالت نیز محدود به مواردی است که به موجب قانون شوهر اختیار طلاق زن را دارد.

۲. اهلیت شوهر

۲۰٤. عدم اهلیت صغیر:

طلاق از اعمال ارادی است و طلاق دهنده باید اهلیت داشته باشد. پس، شوهری که به سن ۱۵ سال تمام نرسیده است نمی‌تواند زن خود را طلاق دهد.

شاید بعضی تصور کنند که هر شوهر می‌تواند زن خود را طلاق دهد و داشتن اهلیت برای طلاق از لوازم قانونی صلاحیت زن گرفتن است. ولی، باید دانست که طلاق عمل حقوقی مستقلی است با شرایط و آثار خاص. در موردی که نکاح پیش از بلوغ و با اذن ولی انجام می‌شود، احتمال دارد که صغیر از لحاظ جسمانی صلاحیت زن گرفتن را داشته باشد، ولی صلاحیت رشد و شعور او را برای طلاق دادن نمی‌رساند.

قانون مدنی برای طلاق بلوغ قانونی مرد را لازم دانسته و هیچ استثنایی برای آن نگذارده است (مادهٔ ۱۱۳٦) و امکان نکاح با درستی طلاق هیچ ملازمه‌ای ندارد.

ولی یا قیم صغیر نیز حق ندارد به نمایندگی از طرف شوهر زن او را طلاق دهد. زیرا طلاق از اموری است که باید شخص همسر دربارهٔ آن تصمیم بگیرد.[4] بنا به فرض، خانواده را صغیر تشکیل داده و هم او باید لزوم انحلال آن را تشخیص دهد، به ویژه که

---

۱. جز شیخ طوسی که توکیل به زن را در طلاق خود مجاز نشمرده و محقق که در درستی آن تردید کرده است، رجوع شود به: ملحقات عروةالوثقی، ج ۲، ص۱۳۸.- قواعد علامه، باب وکالت، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۵۴۴ - جواهر الکلام، جلد متاجر، کتاب وکالت، ص ۵۷۰ مسالک الافهام، ج ۲ ، ص ۴.

۲. سید حسن امامی، ج ۵ ص ۱۰ .

۳. عبدالعلی صابری صفایی، موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنی ایران و فرانسه و شوروی و مصر، رسالهٔ دکتری ۱۳۴۵ ، ص ۶۱.

۴. حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق»، جواهرالکلام، ج ۳۲ ، ص ۵.

صغیر پس از مدتی به سن رشد می‌رسد و خود اهلیت لازم را می‌یابد. به همین دلیل، با اینکه در فقه اختیار ولی دربارهٔ فرزندان خود بسیار وسیع است، همه پذیرفته‌اند که ولی طفل حق ندارد زن او را طلاق دهد.[1]

با وجود این، نباید تصور کرد که عدم اهلیت صغیر در مورد طلاق «عدم اهلیت تمتع» است، زیرا به حکم دادگاه می‌توان او را اجبار به طلاق کرد. اگر همسر کودک، به یکی از دلایل موجه در قانون، حق درخواست طلاق را داشته باشد، می‌تواند به طرفیت ولی یا قیم شوهر در دادگاه اقامهٔ دعوی کند.

دادگاه می‌تواند صغیر را به طلاق مجبور سازد، و اگر ولی و قیم برای اجرای صیغهٔ طلاق حاضر نشوند، به وسیلهٔ صاحب دفتر طلاق را واقع سازد (مادهٔ ۲۱ قانون حمایت خانواده).

۲۰۵. اهلیت سفیه:

طلاق در شمار تصرفات مالی نیست و سفیه می‌تواند آن را، بدون نیاز به اذن قیم یا ولی خود، انجام دهد.

قانون مدنی در این باره صراحت ندارد، ولی از لحن مادهٔ ۱۱۳۶ می‌توان لازم نبودن رشد را در طلاق دهنده استنباط کرد. زیرا، با این که قانون در مقام بیان شرایط درستی طلاق بوده، رشد را در زمرهٔ آنها نیاورده است.[2]

تنها اشکالی که ممکن است در این باره تصور شود اهلیت سفیه در دادن طلاق خلع و مبارات است. زیرا، در این طلاقها، زن مالی را به عنوان هدیه به شوهر می‌بخشد و طلاق به داعی تملک این مال داده می‌شود. پس، ممکن است گفته شود که، چون سفیه ارزش مال را نمی‌فهمد، هرگاه اهلیت دادن چنین طلاقی را داشته باشد، احتمال دارد که در برابر عوض نامتناسب راضی به خلع شود.[3] ولی این گفته را نباید پذیرفت. زیرا،

---

۱. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، کتاب طلاق (در این کتاب طلاق حاکم نیز درست دانسته نشده است)- شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد نکاح، کتاب طلاق.

۲. در فقه عامه طلاق سفیه را درست می‌دانند: علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱، کتاب حجر عبدالرحمن جزیری، فقه در مذاهب اربعه، ج۲، ص ۳۰۱ - ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ش ۵۷۶۸ - و در مذهب حنفیه بر آن استدلال شده است که «لانه محجور علیه فی التصرف المالی فقط».

۳. علامهٔ حلی، قواعدالاحکام، ج ۲، ص۷۸، که می‌گوید خلع در صورتی که به عوض مثل باشد، نافذ است، ولی عوض باید به ولی سفیه تسلیم شود - همچنین، رجوع شود به تذکره، ج ۱، کتاب حجر.

خواهیم دید که طلاق و فدیه در حکم دو عوض در عقود معاوضی نیستند. طلاق بدون عوض داده می‌شود و سفیه در هیچ یک از حقوق مالی خود تصرف نمی‌کند.[1] با وجود این، داشتن اهلیت برای طلاق به معنی امکان تسلیم فدیه به سفیه نیست. عوض باید به ولی یا قیم سفیه داده شود، و گرنه زن ضامن تلف آن است.

۲۰۶. وضع مجنون:

مجنون نمی‌تواند رهایی زن را اراده کند و به همین خاطر هم طلاق او درست نیست. ولی، چون حالت جنون مدت‌ها ممکن است ادامه پیدا کند و بقای زناشویی به زیان او باشد، به نمایندهٔ قانونی او اجازه داده شده است که زن مجنون را طلاق دهد.

در صورتی که سرپرست مجنون ولی قهری یا وصی باشد، رجوع به دادگاه و درخواست اذن نیازی به تصویب دادستان ندارد. مادهٔ ۱۱۳۷ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: **«ولی مجنون دایمی می‌تواند در صورت مصلحت مولی علیه زن او را طلاق دهد».** اما اگر جنون شوهر پس از بلوغ عارض شود و قیم عهده دار انجام امور او باشد، پیشنهاد طلاق با دادستان است؛ چنان که مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: **«...هرگاه طلاق زوجهٔ مجنون لازم باشد، بنا به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه، قیم طلاق می‌دهد».**

چنان که ملاحظه می‌شود، قانون مدنی طلاق زوجهٔ دیوانه را در صورتی مجاز شمرده است که جنون او دایمی باشد، ولی در قانون امور حسبی این قید وجود ندارد، پس این بحث به میان می‌آید که آیا باید گفت قانون امور حسبی قید قانون مدنی را از بین برده و حکم مادهٔ ۱۱۳۷ را در این زمینه نسخ ضمنی کرده است، یا در مقام جمع این دو حکم می‌توان قانون مدنی را ناظر به اختیار ولی و امور حسبی را ویژهٔ قیم دانست؟

در پاسخ باید گفت که طلاق از اموری است که اصولاً زن و شوهر باید دربارهٔ آن تصمیم بگیرند. استثنای مربوط به زوجهٔ مجنون به خاطر این است که امکان دارد عارضهٔ جنون به زودی رفع نشود و مصلحت او اقتضا کند که از همسرش جدا شود.

---

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۲، کتاب خلع - شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج نکاح، در شرایط خالع - محقق، شرایع، کتاب خلع.

این دلیل در صورتی مورد پیدا می‌کند که جنون شوهر دایمی باشد، و گرنه در حالت افاقه، شوهر می‌تواند در باب بقاء و انحلال زناشویی تصمیم بگیرد. پس، دخالت دادستان و قیم در کار دیوانهٔ ادواری برخلاف آزادی اوست و مورد ندارد، و باید مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی را حمل بر موردی کرد که جنون شوهر دایمی باشد.

۳. تعیین موضوع طلاق

۲۰۷. لزوم تعیین زنی که طلاق داده شده است:

طلاق از اموری است که به ارادهٔ شوهر یا نمایندهٔ او انجام می‌شود. در طلاق باید جدایی زن و شوهر موضوع قصد قرار گیرد، یعنی درذهن طلاق دهنده ایجاد شود. بنابراین،باید مرد بداند که چه زنی را طلاق می‌دهد و این اراده را به صیغهٔ خاص بیان کند.

لزوم تعیین زن، به ویژه در مواردی احساس می‌شود که مرد زنان متعدد داشته باشد و بخواهد یکی از آنها را طلاق دهد. در این صورت، باید همسری را که طلاق می‌دهد در نظر داشته باشد و مقصود خود را چنان بیان کند که شهود حاضر در طلاق نیز بدانند که چه کسی طلاق داده شده است. حضور دو شاهد عادل در مراسم طلاق برای این است که اثبات آن با مشکلی روبه رو نشود، پس اگر مورد آن معین نشود، هر چند که در ذهن طلاق دهنده نیز معین شده باشد، طلاق باطل است. زیرا، در چنین حالتی نمی‌توان ادعا کرد که طلاق را دو مرد عادل شنیده‌اند.[1]

به هر حال، چون به موجب قانون دادگاه مدنی خاص باید از دادگاه اذن به طلاق گرفته شود وشوهر مقصود خود را در تقاضانامه معین کند، دیگر این اشکال در عمل پیش نخواهد آمد.

۲۰۸. امکان وقوع طلاق‌های متعدد در یک عبارت:

لزوم تعیین زنی که طلاق داده می‌شود مانع از این نیست که چند زن یکباره طلاق

---

۱. برای ملاحظهٔ نظر مخالف، که طلاق را در این حالت درست دانسته است و اشکال‌های ناشی از آن و راه‌حل‌های مختلفی که در نظر گرفته شده است، رجوع شود به: سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۲۸.

داده شوند. زیرا، جدا شدن از هریک جداگانه در ذهن تصویر می‌شود و هیچ ابهامی در تعیین موضوع طلاق به وجود نمی‌آورد.

۴. شرایط لازم در زن

۲۰۹. کلیات:

ارادهٔ زن در وقوع طلاق سهمی ندارد و به همین دلیل لازم نیست که اهلیت داشته باشد.[1]

بنابراین، شوهر می‌تواند زن صغیر یا مجنون خود را، با تحصیل اذن از دادگاه طلاق دهد. ولی قانونگذار، برای جلوگیری از زیاد شدن طلاق و حمایت از کودکان آیندهٔ خانواده، پاکیزگی زن و جدایی جسمی زن و مرد را از شرایط درستی طلاق دانسته است.

مواد ۱۱٤۰ تا ۱۱٦۲ قانون مدنی شرایط لازم در زن را معین کرده است، و همهٔ آنها را در این دو شرط می‌توان خلاصه کرد: ۱) پاکیزگی زن ۲) جدایی جسمی زن و مرد.

۲۱۰. شرط اول - پاکیزگی زن:

به موجب مادهٔ ۱۱٤۰ ق.م.: **«طلاق در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست».** نفاس حالتی است که در زمان وضع حمل و تا مدتی پس از آن در زنان ایجاد می‌شود. مقصود این است که طلاق در زمانی انجام گیرد که رغبت معاشرت بین زن و شوهر وجود دارد، تا تصمیم به جدایی نشانهٔ اختلاف عمیق بین آنان باشد.

با وجود این، حکم بخش نخست مادهٔ ۱۱٤۰ در سه مورد اجرا نمی‌شود:

۱. در موردی که زن حامل است ؛

۲. در صورتی که طلاق پیش از نزدیکی واقع می‌شود ؛

۳. در صورتی که شوهر غایب است، و نمی‌تواند از عادت زنانگی زن اطلاع حاصل کند (بند دوم مادهٔ ۱۱٤۰):

---

۱. با وجود این، در طلاق خلع که زن مالی را به شوهر می‌بخشد تا از او طلاق بگیرد، باید اهلیت داشته باشد. بنابراین، اگر زن اهلیت تملیک فدیه را نداشته باشد، طلاق واقع می‌شود، بدون اینکه بائن شود و تعهدی برای زن به وجود آید.

۱. **طلاق زن حامل:** به طور معمول زن در زمان حمل عادت زنانگی نمی‌شود، ولی گاه دیده شده است که زن حامل نیز یک یا چند بار حالتی شبیه عادت پیدا می‌کند. به اضافه، ممکن است زن در حال نفاس و در عین حال هنوز هم حامل باشد. بدین جهات است که بخش دوم مادهٔ ۱۱۴۰ طلاق زن حامل را استثناء بر ممنوع بودن طلاق زن در مدت عادت زنانگی و نفاس دانسته است.

۲. **طلاقی که پیش از نزدیکی واقع می‌شود:** در این‌گونه موارد، نه کودکی از زناشویی به وجود آمده است و نه بیمی از اختلاط نسل می‌رود، پس قانونگذار نیز جدایی را آسان‌تر ساخته و طلاق زنی را که در عادت زنانگی یا نفاس است مجاز شمرده.

۳. **طلاق از طرف شوهر غایب:** در صورتی که شوهر در محل سکونت زن نباشد، و این غیبت چندان طولانی شود که نتواند حساب مدتی را که زن او در عادت است نگهدارد، و امکان تحقیق در این باره نیز برای او نباشد، می‌تواند زن خود را طلاق دهد. پس، شوهر باید تا زمانی که احتمال می‌رود زن در عادت زنانگی است صبر کند، وگرنه از استثنای مربوط به غیبت خود نمی‌تواند استفاده کند.

شوهری که به مسافرت نرفته است ولی به دلایلی، مانند زندانی بودن یا نقارهای خانوادگی، جدای از همسر خود زندگی می‌کند و توانایی جستجو از حال او را ندارد، در حکم غایب است.

۲۱۱. شرط دوم - جدایی جسمی همسران:

به موجب مادهٔ ۱۱۴۱ ق.م.: «**طلاق در طهر مواقعه صحیح نیست، مگر اینکه زن یائسه یا حامل باشد**». بنابراین، پاکیزگی زن برای درست بودن طلاق کافی نیست. باید زن در دوره‌ای از پاکیزگی باشد که بین او و شوهر نزدیکی واقع نشده باشد. این منع دو فایده دارد: اول این که موجب می‌شود تا زن و مرد مدتی پیش از طلاق دور از هم باشند و خشم‌های زودگذر نتواند پیوند زناشویی را پاره کند، دوم این که سپری شدن‌مدت باردار بودن زن را معلوم می‌کند.

تشخیص این دوران برای غایب نیز ممکن است، زیرا او نیز می‌تواند گذشتن دوران پاکیزگی را که در آن با زن نزدیکی کرده است حساب کند و به همین جهت قانون مدنی، بر خلاف فرض گذشته، غایب را از شرط مادهٔ ۱۱۴۱ استثنا نکرده است.

چنان که ملاحظه شد، در مادهٔ ۱۱۴۱ طلاق زن یائسه و حامل از حکم مربوط به

نادرست بودن طلاق در طهر مواقعه استثنا شده است. شاید در بادی امر چنین به نظر آید که، چون زن یائسه هیچ گاه و زن حامل به ندرت عادت زنانگی می‌بیند، این استثنا منقطع است. ولی با اندک دقتی در مفاد مادهٔ ۱۱۴۱ این توهم از بین می‌رود. زیرا، در بخش نخست ماده، طلاق زنی که در حال پاکیزگی با او نزدیکی شده، پیش از دیدن عادت و پاک شدن از آن، ممنوع گشته است. پس، اگر زن یائسه و حامل از این حکم استثنا نمی‌شدند، طلاق یائسه هیچ گاه و طلاق زن حامل، جز در موارد نادر، تا پایان دوران بارداری ممکن نبود. ممنوع شدن طلاق یائسه به نظر منطقی نمی‌رسد و تأخیر در طلاق زن حامل، به این دلیل که وضع او از نظر بارداری روشن است و بیم اختلاط نسل نمی‌رود، در نظر قانونگذار بیهوده آمده است و به همین جهت این دو گروه را از حکم بخش نخست مادهٔ ۱۱۴۱ استثنا کرده است.[1]

مجاز بودن طلاق زن یائسه در صورتی است که این وضع به طور طبیعی و به اقتضای سن (حدود ۵۰ سالگی) در او به وجود آمده است، و گرنه هر گاه قطع عادت به دلیل بیماری یا شیر دادن طفل یا طبیعت خاص زن باشد، طلاق باید سه ماه پس از نزدیکی واقع شود ؛ چنان که مادهٔ ۱۱۴۲می‌گوید: «طلاق زنی که با وجود اقتضای سن عادت زنانگی نمی‌شود، وقتی صحیح است که از تاریخ آخرین نزدیکی با زن سه ماه گذشته باشد».

گفتار دوم : شرایط صوری

۲۱۲. تقسیم مطالب:

طلاق عمل تشریفاتی است. پیش از اجرای آن باید از دادگاه اذن یا حکم گرفت، و صیغهٔ طلاق بایستی با تشریفات خاص و در حضور دو مرد عادل گفته شود.

بنابراین، شرایط صوری طلاق را در دو امر می‌توان خلاصه کرد: ۱) تحصیل اذن یا حکم ۲) تشریفات اجرای صیغهٔ طلاق. پس، به منظور آسان کردن فهم مطالب، این دو را جداگانه مطالعه می‌کنیم:

---

۱. چنان که همین دلیل نیز باعث شده است که در مادهٔ ۱۱۴۰ نیز طلاق زن حامل از حکم «ممنوع بودن طلاق زنی که درمدت عادت زنانگی یا در حال نفاس است» استثنا شود.

الف. تحصیل اذن یا حکم دادگاه

۲۱۳. لزوم رعایت حکم و رابطهٔ آن با نظم عمومی :

بر طبق مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱: «از تاریخ این قانون، زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامهٔ دعوا نمایند. چنانچه اختلاف فیمابین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیدهٔ دادگاهند (آن طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور حکم گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق‌هایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده ندارند. در غیر این صورت از سردفتر خاطی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.»

اجبار رجوع به دادگاه و تحصیل اذن یا حکم مقام قضایی صالح برای طلاق در قوانین دیگر نیز آمده است :

۱. در موردی که زن درخواست طلاق می‌کند، تقاضا باید از دادگاه شود و قاضی شوهر را اجبار به طلاق کند، یا خود به عنوان ولی ممتنع یا غایب به جای او زن را طلاق دهد.

۲. در موردی که شوهر مایل به جدایی است، صدور حکم ضرورت ندارد، ولی در هر حال شوهر نیز باید به دادگاه برود و پس از ارجاع امر به داوران و نومیدی از اصلاح، از دادگاه اذن به طلاق بگیرد (تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص).

ثبت طلاق از شرایط درستی آن نیست و نمی‌توان ادعا کرد که جدایی زن و مرد موکول به ثبت مراتب در دفتر رسمی طلاق است. در عرف مذهبی نیز ثبت طلاق ضرورت ندارد و همین که ارادهٔ شوهر به صیغهٔ خاص و نزد دو مرد عادل بیان شد، طلاق واقع می‌شود. پس، امکان دارد که طلاق بدون ثبت در محضر نیز انجام شود. به اضافه، تعیین مجازات برای سردفتر نیز نمی‌تواند اجرای قانون را به طور کامل تأمین کند. بازرسان ثبت و دادسراها مجال بازرسی دقیق در باب تمام طلاق‌ها را ندارند. بنابراین، احتمال دارد که سردفتران، بدون اذن دادگاه طلاق را واقع سازند و در دفاتر نیز

ثبت کنند.

پس، باید دید طلاقی که بدین ترتیب، در محضر یا خارج از آن، واقع شده درست است و فقط شوهر و سردفتر مجازات می‌شوند[۱]، یا طلاقی که بدون اذن دادگاه انجام شود باطل است؟

هنوز محاکم فرصت نیافته‌اند تا در این باره تصمیم قاطع بگیرند. از لحن مواد قانون و گفتگوهای مقدماتی آن به خوبی بر می‌آید که قانونگذار نمی‌خواهد طلاقی را که بدون اذن دادگاه واقع شده است نافذ بداند. هدف از وضع قانون، جلوگیری از طلاق‌های بی‌مورد و غیابی و حمایت از حقوق زنان است، و رسیدن به این هدف با بطلان این گونه طلاق‌ها ملازمه دارد.

ایراد نشود که اگر مقصود بطلان طلاقی بوده است که پیش از صدور تصمیم دادگاه واقع می‌شود، چرا نکتهٔ به این مهمی در قانون مسکوت مانده است؟ زیرا، گذشته از ملاحظات سیاسی که سبب اجمال گویی مقنن شده است، از نظر فنی، قوانین ما در این زمینه چنان که باید تنظیم نشده و از این گونه معایب بسیار دارد. اصول حقوقی در قوانین مربوط به خانواده چنان به هم ریخته است که در بسیاری از امور به دشواری می‌توان به ثبات رویهٔ قضایی و روشن شدن وضع خانواده‌ها امید داشت.[۲] ولی، به هر حال، شایسته است که قواعد مربوط به انحلال خانواده از قواعد مربوط به نظم عمومی باشد و تخلف از آن نادیده گرفته نشود.

با وجود این، بعضی از نویسندگان طلاقی را که از نظر شرعی واقع شده است باطل نمی‌دانند و اعتقاد دارند که الزام مربوط به رجوع دادگاه و تحصیل اذن تنها ضمانت اجرای کیفری دارد. وانگهی، تا زمانی که دعاوی مربوط به اصل طلاق در صلاحیت محاکم شرع (دادگاه مدنی خاص) است، به دشواری می‌توان طلاقی را که از طرف

---

۱. در مادهٔ ۱۰ قانون حمایت خانواده مجازات برای هر یک از طرفین عقد که بدون تحصیل اجازه مبادرت به طلاق نماید مقرر شده است .ولی، با توجه به توضیحات گذشته، فرض ارتکاب جرم برای زن هیچ گاه وجود ندارد . طلاق را شوهر می‌دهد و هرگاه او بدون تحصیل گواهی مبادرت به چنین کاری کند جرم است. لیکن زن جز به حکم دادگاه نمی‌تواند شوهر را اجبار کند، مگر این که گفته شود که اگر زن و شوهر در این راه تبانی کنند هر دو مجرم هستند و این تنها تعبیری است که به قانون معنا می‌دهد.

۲. تعیین مجازات کیفری نیز دلیل قاطع بر درستی نیست، زیرا امکان دارد قانون‌گذار، علاوه بر بی اثر شناختن طلاق، برای جلوگیری از اجرای صیغهٔ طلاق که از نظر مذهبی آثاری به بار می‌آورد و موجب تضاد حقوق و مذهب می‌شود،برای متجاوزان به قانون کیفر خاص مقرر دارد.

شوهر بدون اذن دادگاه انجام شده است بی اثر پنداشت. زیرا، همین که در دعوایی نسبت به نفوذ و بطلان چنین طلاقی اختلاف روی دهد، دادگاه عمومی باید آن را به دادگاه شرعی (مدنی خاص) ارجاع کند و این محکمه نیز، هرگاه شرایط شرعی طلاق جمع باشد، آن را نافذ اعلام می‌کند. پس، برای جلوگیری از صدور حکم متعارض، باید گفت وجود صلاحیت خاص برای محکمهٔ شرع دلیل بر آن است که قانونگذار نخواسته است بطلان طلاقی را که از نظر شرعی واقع شده است اعلام دارد و الزام مربوط به رجوع دادگاه و تحصیل اذن تنها ضمانت اجرای کیفری دارد.[1]

۲۱۴. طلاق به تراضی:

در نظامی که خانواده در حمایت قانون قرار می‌گیرد و به عنوان نهادی اجتماعی و اخلاقی مورد توجه واقع می‌شود، اجتماع نسبت به انحلال این نهاد حساس است و قوانین مانع از طلاق‌های نابجا و خودسرانه می‌گردد و این مسأله را به تراضی زن و شوهر واگذار نمی‌کند. در این باره دادگاه تصمیم می‌گیرد تا از منافع عمومی و کودکان خانواده دفاع کند. انحلال خانواده به منزلهٔ فسخ قرارداد خصوصی یا اقالهٔ آن نیست و تراضی زن و شوهر در آن نقشی ندارد. به همین جهت، حقوقدانان اروپایی در برابر «طلاق به توافق» سالیان دراز مقاومت کرده‌اند و هنوز هم مخالفان سرسختی دارد.[2]

نویسندگان قانون حمایت خانواده در بند ۱ مادهٔ قانون ۱۳۵۳ «طلاق به توافق» را پذیرفتند، منتها آن را از موجبات طلاق شمردند و زن و شوهر را از گرفتن گواهی عدم امکان سازش از دادگاه معاف نکردند. این اقدام نتیجهٔ تجربهٔ تلخی بود که از ممنوع بودن این طلاق گرفته شده بود. در موردی که زن و شوهر مایل به جدایی از یکدیگرند و در دعوای طلاق روبه روی هم قرار نمی‌گیرند، سختگیری قانونگذار بیهوده است، زیرا آنان به تراضی می‌توانند وانمود کنند که موجبات قانونی طلاق فراهم آمده است و دادرسی را بازیچهٔ صحنه‌سازی‌های خود سازند. برای مثال، اگر رابطهٔ نامشروع یا ترک

---

۱. در مورد اجرای مجازات نیز ممکن است گفته شود که کیفر پیش‌بینی شده در مادهٔ ۱۰ قانون حمایت خانواده مربوط به تخلف از گرفتن «گواهی عدم امکان سازش» است که خود تکلیفی نسخ شده است. ولی، در پاسخ می‌توان گفت: «اذن دادگاه مدنی خاص» درست به جای آن قرار گرفته است و تغییر صلاحیت دادگاه صادرکنندهٔ اذن باعث نسخ حکم مجازات در این باره نمی‌شود.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۴۱۲ به بعد.

کانون خانوادگی از موجبات قانونی طلاق باشد، یکی از زوجین نسبت ارتکاب آن را به دیگری می‌دهد و متهم نیز با کمال تأسف آن را می‌پذیرد، یا یکی خانه را ترک می‌گوید و از بازگشت به آن خودداری می‌کند و دیگری هم در این راه او را یاری می‌دهد تا صحنهٔ مورد نظر قانون فراهم شود. پس، چه بهتر که حقوق ناتوانی خود را بپذیرد و در برابر دو انسانی که مایل به ادامهٔ زندگی زناشویی نیستند مقاومت نکند.[1]

در لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب مهرماه ۱۳۵۸ از قانون حمایت خانواده نیز قدمی فراتر نهاده شد. زیرا، با این که در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ شوهر موظف شده است برای طلاق به دادگاه رجوع کند، در پایان این تبصره آمده است: «در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست»[2].

قانونگذار فرض می‌کند که، در صورت توافق زن و شوهر در لزوم جدایی از یکدیگر، تلاش برای اصلاح آنان به جایی نمی‌رسد و بیهوده وقت دادگاه را می‌گیرد و خانواده را معطل می‌کند.

از اطلاق مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق چنین برمی‌آید که در صورت تراضی زن و شوهر نیز، رجوع به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش ضروری است و در هیچ صورت زن و شوهر بی‌دخالت و نظارت دادگاه از هم جدا نمی‌شوند. پس، باید پذیرفت که تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص، که طلاق به تراضی را ممکن می‌شمرد، نسخ ضمنی شده است. باید افزود که در حقوق فرانسه نیز با اینکه توافق یکی از موجبات طلاق است، آنان باید تصمیم خود را به جدایی از یکدیگر به دادگاه تسلیم کنند و مقام قضایی پس از رسیدگی و اطمینان یافتن از سلامت اراده و رعایت تدبر در آن و رعایت منافع دو طرف حکم به طلاق دهد[3]. طلاق به تراضی واقع نمی‌شود و تنها یکی از موجبات طلاق قضایی است.

با وجود این، در وضع کنونیِ نیز دادگاه از تصمیم دربارهٔ موجه بودن درخواست

---

۱. ر.ک.، ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۴۲۱ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۱۲۹ - ابری ورو، ج۷ به وسیلهٔ اسمن، ش ۱۳۸

۲. بهتر این بود که توافق فعلی زن و شوهر نیز به وسیلهٔ دادگاه احراز شود و شوهر در هیچ حال از رجوع به دادگاه معاف نشود. این اقدام، حداقلی از بازرسی اجتماع را تأمین می‌کند و از نفوذ توافق‌های صوری و ناشی از اکراه می‌کاهد.

۳. کورنو، خانواده، ش ۳۲۰ به بعد.

مشترک خود را بی نیاز می‌بیند و تنها به داوری و اصلاح بین زن و شوهر می‌پردازد و در اجرای آیین دادرسی این بخش نیز سختگیری نمی‌کند.

۲۱۵. دادگاه صالح:

بر طبق مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب مهر ماه ۱۳۵۸، دعاوی راجع به نکاح و طلاق و فسخ نکاح و مهر و نفقهٔ زوجه و سایر اشخاص واجب النفقه و حضانت (بند ۱) در صلاحیت این دادگاه است. مادهٔ ٤ همان قانون می‌افزاید: «مادام که در محلی دادگاه مدنی خاص تشکیل نشده، و یا بعد از تشکیل به جهتی منحل شده باشد، دادگاه‌های عمومی دادگستری به امور مذکور در مادهٔ قبل رسیدگی می‌کند. ولی دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق به نزدیک‌ترین دادگاه مدنی خاص رجوع خواهد شد».

در باب صلاحیت محلی، چون حکم خاصی در طلاق وجود ندارد، دادگاه محل اقامت خوانده (مدعی علیه) صالح برای رسیدگی است (مادهٔ ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی). ولی باید دانست که اقامتگاه زن شوهردار اصولاً همان اقامتگاه شوهر است (مادهٔ ۱۰۰۵ ق.م)، یعنی دعوای طلاق باید در دادگاه شهرستانی اقامه شود که شوهر در حوزهٔ آن مقیم است .

با وجود این، در مواردی که اقامتگاه شوهر نامعلوم است، «یا زن به حکم دادگاه یا به رضایت شوهر خود مسکن جداگانه اختیار کرده است»، در خواست اذن به طلاق، اگر از طرف شوهر باشد، در دادگاهی رسیدگی می‌شود که زن سکونت دارد. زیرا، مطابق قانون مدنی، در این گونه موارد، اقامتگاه قانونی زن نیز جدای از شوهر است (مادهٔ ۱۰۰۵ ق.م.).

پاره‌ای از استادان، در مواردی هم که زن بدون رضایت شوهر و اذن دادگاه جدای از شوهر زندگی می‌کند، اقامتگاه او را محل سکونتش دانسته‌اند. ولی، این نظر با مفاد مادهٔ ۱۰۰۵ ق.م. مخالف است. زیرا، به موجب این ماده، اقامتگاه زن شوهردار اقامتگاه شوهر است و تنها مواردی استثنا شده است که یا شوهر اقامتگاه ندارد یا زن در انتخاب مسکن دیگر مجاز است. بنابراین، زنی را که از شوهر خود بر خلاف قانون تمکین نمی‌کند و بدون رضای او کانون خانواده را رها ساخته است، نمی‌توان دارای اقامتگاه مستقل شمرد.

ولی، اگر شوهری خانواده و زن خود را ترک و در شهر دیگری زندگی کند و زن را در محل سکونت جدید نپذیرد، اقامتگاه زن را نباید تابع او شمرد و چنین شوهری، اگر خواهان جدایی از زن خویش باشد، باید به دادگاه محل اقامت او رجوع کند، زیرا این زن در حکم کسی است که با رضایت شوهر مسکن جداگانه اختیار کرده است.

تبصرهٔ مادهٔ ۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ حکم موردی را که زن و شوهر مقیم خارج هستند معین می‌کند. به موجب این تبصره:«در موارد مذکور در این قانون، اگر طرفین اختلاف مقیم خارج از کشور باشند، می‌توانند به دادگاه یا مرجع صلاحیتدار محل اقامت خود نیز مراجعه نمایند. در این مورد، هرگاه ذی نفع نسبت به احکام و تصمیمات دادگاه‌ها و مراجع خارجی معترض و مدعی عدم رعایت مقررات و قوانین ایران باشد، می‌تواند ظرف یک ماه، از تاریخ ابلاغ حکم یا تصمیم قطعی، اعتراض خود را با ذکر دلایل و پیوست نمودن مدارک و مستندات آن از طریق کنسولگری ایران در کشور محل توقف به دادگاه شهرستان تهران ارسال نماید. دادگاه به موضوع رسیدگی کرده و رأی مقتضی صادر می‌کند و به دستور دادگاه رونوشت رأی برای اقدام قانونی به کنسولگری مربوط ارسال می‌گردد. ثبت احکام و تصمیمات دادگاه‌ها و مراجع خارجی در مواردی که قانوناً باید در اسناد سجلی یا دفتر کنسولگری ثبت شود، در صورت توافق طرفین یا در صورت عدم وصول اعتراض در مهلت مقرر، بلااشکال است والاّ موکول به اعلام رأی قطعی دادگاه شهرستان تهران خواهد بود».

حکم این تبصره، جز در مورد صلاحیت دادگاه شهرستان، که به موجب قانون دادگاه مدنی خاص نسخ ضمنی شده است، هنوز هم اعتبار دارد و می‌تواند راهنمای صلاحیت دادگاه برای ایرانیان مقیم خارج باشد.

باید افزود که بر طبق مادهٔ واحدهٔ قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود به دادگاه‌های موضوع اصل ٤١ قانون اساسی (دادگاه خانواده)، دادگاه عمومی اختصاص یافته به دعاوی خانواده، با عنوان «دادگاه خانواده» جانشین دادگاه مدنی خاص شده است و دعوای طلاق نیز در زمرهٔ دعاوی خانواده (مانند مهریه و جهیزیه و نفقه و حضانت و نسب) در صلاحیت دادگاه خانواده قرار گرفته است.

۲۱۶. تعارض صلاحیت‌ها:

گفته شد که در پاره‌ای موارد زن ممکن است اقامتگاهی جدا از شوهر داشته باشد

(ش ۲۱۵). در چنین حالتی، اگر شوهر بخواهد دعوایی به طرفیت زن اقامه کند، باید به دادگاه محل اقامت او دادخواست بدهد و برعکس، هرگاه زن ادعایی بر شوهر داشته باشد، دادگاه محل اقامت شوهر صالح برای رسیدگی است.

پیوند زناشویی حقوق و تکالیف گوناگونی برای زن وشوهر ایجاد می‌کند. این حقوق و تکالیف متقابل است، به گونه‌ای که حق هر طرف تکلیف دیگری است. بنابراین، دعاوی زن و شوهر بر دیگری در غالب موارد مبنای مشترک و ارتباط کامل دارند. برای مثال، زن از شوهر مطالبهٔ نفقه می‌کند وشوهر در دعوای دیگری الزام زن را به تمکین می‌خواهد. این دو دعوا با هم ارتباط کامل دارد. زیرا در هر دو دعوا باید به مسألهٔ تمکین رسیدگی شود و صدور حکم در هر یک موثر در دیگری است .

در این گونه موارد، برای این که از صدور احکام متعارض جلوگیری شود، باید تمام دعاوی در یک دادگاه جمع شود و با هم مورد رسیدگی قرار گیرد (مواد ۱۷ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی). مدعی علیه نیز می‌تواند از این جهت ایراد کند و از دادگاه بخواهد که پروندهٔ امر را به دادگاهی که دعوای مرتبط با آن را رسیدگی می‌کند بفرستد (بند ۲ مادهٔ ۸٤ و مادهٔ ۸۹ همان قانون). بدین ترتیب، معمول این است که دعاوی مشابه به دادگاهی که زودتر شروع به رسیدگی کرده است فرستاده شود.

مادهٔ ۷ قانون حمایت خانواده همین قواعد را در دعاوی ناشی از اختلاف خانوادگی اعمال کرده است. منتها، در این ماده فرض شده است که دعاوی زن و شوهر، هر گاه ناشی از اختلاف خانوادگی باشد، با هم ارتباط کامل دارد و باید در یک دادگاه رسیدگی شود. متن مادهٔ ۷ بدین شرح است :

«هرگاه زن وشوهر دعاوی ناشی از اختلاف خانوادگی را علیه یکدیگر طرح نمایند، دادگاهی که دادخواست مقدم به آن داده شده صلاحیت رسیدگی خواهد داشت و هرگاه دو یا چند دادخواست، در یک روز به دادگاه تسلیم شده باشد دادگاه حوزهٔ محل اقامت زن صالح به رسیدگی خواهد بود».

«در صورتی که یکی از زوجین مقیم خارج از کشور باشد دادگاه محل اقامت طرفی که در ایران مقیم است صلاحیت رسیدگی دارد و اگر طرفین مقیم خارج باشند دادگاه شهرستان تهران صلاحیت رسیدگی خواهد داشت».

حکم این ماده نیز، جز در مورد صلاحیت دادگاه شهرستان به جای خود باقی است و تعارض در صلاحیت نسبی دادگاه‌های خانواده را حل می‌کند. ولی، در موضوع حل

اختلاف در صلاحیت بین دادگاه خانواده و مراجع قضایی دیگر، دیوان عالی کشور رفع اختلاف می‌کند (مادهٔ ۵ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص).

۲۱۷. آیین دادرسی؛ جلوگیری از شقاق:

در دعوای طلاق، با اینکه زن و شوهر در باب امکان جدایی اختلاف دارند، دادرس پای‌بند به دلایل و مدافعات طرفین نیست و «... تشریفات آیین دادرسی مدنی لازم‌الرعایه نیست و ترتیب رسیدگی تابع مقررات شرع خواهد بود». (مادهٔ ۸ اصلاح شده در ۵۹/۲/۲٤ دادگاه مدنی خاص). با وجود این، برای شروع به دادرسی اصحاب دعوا مستقیماً به دفتر دادگاه دادخواست می‌دهند (همان ماده) و درخواست شفاهی پذیرفته نمی‌شود.

به موجب بند ۲ تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ۳ قانون دادگاه مدنی خاص: «... در مواردی که شوهر به استناد مادهٔ ۱۱۳۳ ق.م. تقاضای طلاق می‌کند، دادگاه بدواً حسب آیهٔ کریمهٔ «فإن خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهله و حکماً من اهلها فان یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما ان الله کان علیماً خبیرا» موضوع را به داوری ارجاع می‌کند...» پس، بر طبق این ماده، الزام رجوع به داوری برای جلوگیری از شقاق ویژهٔ موردی بود که شوهر درخواست‌کنندهٔ طلاق باشد، ولی، این نقص را مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق جبران کرده است. در حقوق کنونی ارجاع به داوری الزامی است، خواه درخواست کنندهٔ طلاق شوهر باشد یا زن.

نکته‌ای که فهم آن دشوار است این که در فقه جلوگیری از «شقاق» ناظر به موردی که شوهر قصد جدایی از همسر خود را دارد نیست. در هر مورد که بیم جدایی برود و اختلاف دربارهٔ معاش خانواده و سلوک همسران زندگی زناشویی را به خطر اندازد بایستی داوری از سوی هر یک از دو طرف اختلاف تعیین شود ودر اصلاح میان آنان بکوشد.[1] پس، این پرسش را چگونه باید پاسخ داد که چرا تعیین داوران در موردی که تنها یکی از دو طرف خواهان طلاق است و اختلافی دربارهٔ شیوهٔ زندگی مشترک در بین نیست اجرا شود؟

---

۱. محقق، شرایع، ص ۵۶۱- شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۷۲ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۰۹ به بعد.

۲۱۸. حدود صلاحیت داوران:

پیش از تصویب مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، دربارهٔ قلمرو صلاحیت داوران ابهام وجود داشت (چاپ‌های پیشین). ولی، تبصرهٔ ۲ مادهٔ واحده، نظر داوران منتخب را «گزارش کتبی مبنی بر عدم امکان سازش» تعبیر کرد و نشان داد که تصمیم نهایی درباره اذن به طلاق با دادگاه است.[1]

۲۱۹. رأی دادگاه؛ سابقهٔ تاریخی:

در قانون حمایت خانواده، رأی دادگاه در باب طلاق به صورت «گواهی عدم امکان سازش» صادر می‌شد. به کار بردن این اصطلاح، که ویژهٔ این قانون بود و در اصول دادرسی مدنی ما سابقه نداشت، دشواری‌های فراوانی به بار می‌آورد. در موردی که شوهر خواستار طلاق بود، این دشواری کمتر احساس می‌شد، زیرا در این فرض شوهر طلاق را واقع می‌سازد و اذن به طلاق نیازی به صدور حکم ندارد: دادگاه در اصلاح بین زن و شوهر سعی می‌کند، و چون از این تلاش نتیجه‌ای نمی‌گیرد و درخواست را با قانون منطبق می‌داند، گواهی می‌دهد که سازش بین آنها ممکن نیست و شوهر می‌تواند از اختیار قانونی خویش استفاده کند. در واقع دخالت دادگاه بیشتر به عنوان میانجی و مصلح و سرپرست حقوق عمومی است .

ولی، در مواردی که زن به استناد مادهٔ ۸ درخواست طلاق می‌کرد، نامتناسب بودن تصمیم دادگاه با «گواهی عدم امکان سازش» مسلم بود. زیرا، دادگاه می‌بایست، علاوه بر سعی در اصلاح و حل اختلاف دو طرف، دربارهٔ تحقق سببی که زن مورد استناد قرار داده است، شوهر را مجبور به طلاق سازد.

فرض کنیم زنی ادعا کند که شوهر او زندگی خانوادگی را ترک کرده است و به این استناد از دادگاه درخواست طلاق دارد، شوهر منکر ادعای زن است و ترک زن وفرزند را اتهامی ناروا و دروغ می‌داند. در برابر این اختلاف، دادگاه باید به طور مستقیم یا به کمک نزدیکان و خویشان طرفین آنها را آشتی دهد. اما، اگر زن در تقاضای خود اصرار ورزد و بر دادگاه مسلم شود که اصلاح بین آنان ممکن نیست، صدور گواهی عدم امکان سازش مشکلی را حل نمی‌کند. باید دید، اکنون که طرفین سازش نکرده‌اند، زن

---

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۱۵.

راست می‌گوید و شوهر خانه و کاشانه را ترک کرده است یا نه؟ اگر ادعا درست باشد، دادگاه حکم اجبار مرد را به دادن طلاق صادر می‌کند و هرگاه دفاع مرد را موجه ببیند، زن را محکوم به بی‌حقی می‌سازد. این سیر طبیعی دادرسی است که در این قانون منحرف شده بود و انتخاب نام مستعار «گواهی عدم امکان سازش» برای حکم دادگاه همه چیز را دگرگون می‌ساخت.[1]

فلسفهٔ وضع قانون این بود که از حقوق زن حمایت شود. ولی، در مثالی که گفته شد، فرض کنیم دادگاه نیز گواهی عدم امکان سازش صادر کند و شوهر برای دادن طلاق حاضر نشود؛ با این گواهی چگونه می‌توان او را اجبار کرد؟ دادگاه نمی‌تواند بر مبنای آن اجرائیه صادر کند، زیرا حکم در این باب نداده است؛ تقاضای زن نیز برآورده نشده، زیرا او می‌خواسته است که دادگاه شوهر را مجبور به طلاق دادن کند، نه گواهی دهد که بین آن دو سازش امکان ندارد.

بعد از تصویب قانون حمایت خانوادهٔ ۱۳٤٦، این اشکال مدت‌ها رویهٔ قضایی را به خود مشغول داشت و برای رفع آن سه راه حل گوناگون انتخاب شد:

پاره‌ای از محاکم به نمایندهٔ خود دستور می‌دادند که به جای شوهر در محضر صیغه را جاری کند: یعنی، آن که مطابق اصول اجرائیه‌ای بر مبنای حکم دادگاه صادر کنند، بر گواهی خود آثار اجراییه را بار می‌کردند. دستهٔ دیگر که محتاط‌تر بودند گواهی عدم امکان سازش را بدون هیچ اقدام دیگری صادر می‌کردند و مدعی علیه را به حال خود وامی‌گذاردند، و جمعی هم از اطلاق مادهٔ ۸ سابق چنین استفاده می‌کردند که، هرگاه مساعی دادگاه برای حصول سازش به نتیجه نرسد، باید گواهی عدم سازش صادر کنند، و دیگر کاری به موجه بودن ادعای زن ندارند تا محتاج به صدور حکم باشند.[2]

---

۱. عدم مهارت نویسندگان قانون ۱۳۶۴ باعث شد که مدت‌ها دادرسان در اجرای درست آن دچار سرگردانی شوند و به جای حفظ ثبات و استحکام خانواده، نتیجه‌ای جز زیاد شدن دعاوی و تزلزل در روابط خانوادگی به بار نیاید. عادلانه‌ترین قواعد، اگر با فنون قانون نویسی همراه نباشد حاصلی ندارد و بر بهترین قوانین، اگر قابل اجرا نباشد، سودی بار نیست . در قانون حمایت خانواده، اصول حقوقی چنان به هم ریخته بود که هیچ دادرس دلسوزی تکلیف خود را در برابر آن نمی‌دانست.

۲. در آن زمان پیشنهاد شد که دادگاه‌ها صدور گواهی عدم سازش را مخصوص به موردی کنند که مرد مایل به دادن طلاق است و در مواردی که زن به استناد قانون مدنی یا مادهٔ ۱۱ قانون حمایت خانواده درخواست طلاق می‌کند مطابق اصول و به دستور مادهٔ ۱۱۲۹ ق.م. حکم اجبار شوهر را به دادن طلاق صادر کنند، یا زن را محکوم به بی‌حقی سازند، یعنی گواهی عدم سازش را مقدمهٔ شروع به دادرسی قرار دهند(پلی کپی درس «خانواده»، ش ۱۵۵).

راه حل نخستین رفته رفته طرفداران بیشتری یافت، چندان که می‌توان گفت پیش از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ رویهٔ قضایی در انتخاب آن تثبیت شده بود. قانون اخیر، راهی را که دادگاه‌ها به زحمت از قانون نارسای پیشین استنباط کرده بودند تأیید کرد و در مادهٔ ۲۱، برای رفع هر گونه تردید، اعلام داشت که: «.... دفتر طلاق مکلف است حسب تقاضای یکی از طرفین صیغه طلاق را جاری و ثبت نماید».

بدین ترتیب، از لحاظ عملی معلوم شد که تصمیم دادگاه دربارهٔ طلاق نسبت به زن و شوهر یکسان اجرا می‌شود و، بدون این که نیازی به صدور اجرائیه باشد، سردفتر باید بر مبنای آن صیغه طلاق را اجرا کند: به بیان دیگر، اجرای حکم به معنی اجرای صیغهٔ طلاق است.

۲۲۰. حقوق کنونی :

این وضع نامطلوب با نسخ ضمنی قانون حمایت خانواده در باب طلاق در لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص به ویژه تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ آن قانون و مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، از بین رفت: در حقوق کنونی، تصمیم دادگاه به دو صورت گرفته می‌شود و هر کدام طبیعت ویژهٔ خود را دارد:

۱. در موردی که شوهر درخواست طلاق می‌کند و دادگاه پس از نومید شدن از اصلاح بین طرفین به شوهر اجازهٔ طلاق می‌دهد (تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص).

۲. در موردی که زن درخواست طلاق دارد و دادگاه، برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق می‌کند و در واقع حکم می‌دهد (مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. اصلاح شده).

در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق نیز تصمیم دادگاه «گواهی عدم امکان سازش» نامیده شده است، در حالی که حق بود، در فرضی که زن درخواست طلاق کند، علاوه بر گواهی عدم امکان سازش، شوهر اجبار به طلاق شود، چنان که مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. مقرر داشته است.

۲۲۲. اعتبار اذن و حکم دادگاه:

در قانون حمایت خانواده اعتبار گواهی عدم امکان سازش محدود به مدت سه ماه

بود و پس از آن نفوذ خود را از دست می‌داد.

در مادهٔ ۲۱ قانون آمده بود «**مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش سه ماه از تاریخ صدور است. در صورتی که ظرف این مدت گواهی مذکور به دفتر طلاق تسلیم نشود از درجهٔ اعتبار ساقط می‌گردد...**»

قانونگذار فرض می‌کرد که، هرگاه سه ماه از تاریخ صدور گواهی بگذرد و برای اجرای آن به دفتر طلاق مراجعه نشود، طرفین از حق خود گذشته و اصلاح کرده‌اند. بنابراین، هرگاه دوباره اختلافی روی دهد، برای حل دعوای جدید باید به دادگاه رفت و گواهی سابق دیگر به کار نمی‌آید. ایجاد این فرض تصمیم بجایی بود که از سوء استفاده‌ها جلوگیری می‌کرد و تکلیف خانوادهٔ متزلزل را معین می‌ساخت. ولی، در قانون مدنی (مادهٔ ۱۱۳۰ اصلاح شده) و لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص مدتی برای پایان اعتبار اذن یا حکم دادگاه پیش‌بینی نشد. بنابراین، احتمال داشت شوهر اذن دادگاه را در طلاق زن تحصیل کند لیکن آن را اجرا نکند و این امتیاز را وسیلهٔ فشار و تهدید بر او سازد. همچنین، زن نیز ممکن بود حکم اجبار شوهر به طلاق را وسیلهٔ همین‌گونه سوءاستفاده‌ها قرار دهد و کانون خانوادگی را در حال تزلزل نگاه دارد.

این نتیجهٔ ناگوار را عدالت نمی‌پذیرفت و جامعه نیز نمی‌توانست از قربانی شدن گران‌بهاترین نهاد خود به آسانی درگذرد. به همین جهت، پیشنهاد شد که: «رویهٔ قضایی بایستی به‌گونه‌ای از این نتیجه پرهیز کند و غفلت نویسندگان قانون را جبران سازد:

۱. در مورد اذن دادگاه به طلاق زن، قانونگذار لازم دیده است که دادگاه در هر اختلاف به‌وسیلهٔ داوران در اصلاح بین زن و شوهر بکوشد و از «شقاق» جلوگیری کند. بنابراین، اذنی که پس از پایان داوری می‌دهد، ویژهٔ همان شقاقی است که بنیان خانواده را تهدید می‌کند. اگر مرد از اختیار طلاق استفاده نکند و زن و شوهر دوباره به الفت گرایند و زندگی مشترک را ادامه دهند، بایستی گفت موضوع اذن از بین رفته و اختیار شوهر پایان یافته است. پس، هرگاه شقاقی دوباره الفتی را که ایجاد شده است تهدید کند و شوهر خواستار طلاق باشد، باید به دادگاه رجوع کند و پس از تلاش داوران در رفع نقار کنونی اذن جدید برای طلاق بگیرد. آغاز زندگی مشترک، نه تنها اماره است که شوهر از اختیار خویش گذشته است، سبب اذن (شقاق فعلی) را نیز از بین می‌برد و موضوع آن را منتفی می‌سازد.

۲. در مورد اجبار شوهر به طلاق کار دشوارتر است، چرا که در اصول حقوقی ما

برای اعتبار حکم مرور زمانی پیش بینی نشده است. با وجود این، می‌توان گفت سبب حکم نیز در این فرض جلوگیری از ضرر و حرج زن از موجب خاصی است که مستند صدور آن قرار می‌گیرد. خواهیم دید که موجب طلاق باید در زمان صدور حکم فعلیت داشته باشد و برای آینده ایجاد عسر و حرج کند و دادگاه نمی‌تواند تنها برای رفع ضرر گذشتهٔ زن از ترک انفاق یا غیبت و بدسری شوهر او را مجبور به طلاق زن کند. بنابراین، هرگاه پیش از اجرای حکم موجب ضرر رفع شود و زن از حق خود بگذرد و دوباره به کانون خانوادگی بازگردد، برای رفع عسر و حرج دیگری که احتمال دارد در آینده زندگی زناشویی را دشوار سازد، باید حکمی دوباره از دادگاه خواست. زن نمی‌تواند عسر و حرج پایان یافته را مستمسک جدایی سازد و حکمی را که بر پایهٔ وضع خاص پیشین صادر شده است، اجرا کند.

مبنای این تغییر در حکم به طلاقی که به دلیل غیبت شوهر داده می‌شود به خوبی مشاهده می‌شود، زیرا بر طبق مادهٔ ۱۰۳۰ ق.م.: **«اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای مدت عده مراجعت نماید، نسبت به طلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضای مدت مزبور حق رجوع ندارد».** همچنین، در جریان آگهی برای خبر یافتن از غایب، هرگاه او به خانه بازگردد، جریان طلاق منتفی می‌شود، زیرا ضرر در آینده از بین رفته است (مواد ۱۰۲۳ و ۱۰۲۹ ق.م.)».[1]

ولی، قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶/۹/۹ دوباره مدت اعتبار گواهی را سه ماه معین و در مادهٔ واحده اعلام کرد: **«... چنانچه ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ به دفتر ثبت طلاق تسلیم نشود، از اعتبار ساقط خواهد بود....»**

۲۲۲. اجرای تصمیم دادگاه:

در قانون مدنی و لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص، شیوهٔ اجرای تصمیم دادگاه در مورد طلاق پیش بینی نشده است. ولی قانون تعیین مدت اعتبار گواهی تشریفات اجرایی آن را معین می‌کند.

آنچه در این باره شگفت‌آور به نظر می‌رسد این است که درخواست اجرای تصمیم دادگاه ویژهٔ درخواست کننده آن نیست و هر یک از زوجین می‌تواند با ارائهٔ گواهی،

---

۱. رک، چاپ پیشین، ش ۲۰۶.

اجرای صیغهٔ طلاق را درخواست کند.

بدین ترتیب، اگر زنی که به استناد سوء معاشرت شوهر درخواست طلاق کرده پس از صدور گواهی از جدایی منصرف شود، شوهر خطاکار می‌تواند از این موقعیت بهره‌برداری کند و با ارائهٔ گواهی به سردفتر، زن خود را طلاق دهد!

این نتیجه را هیچ عقل سلیمی نمی‌پذیرد. زیرا، مطابق اصول دادرسی تنها محکوم‌له می‌تواند درخواست اجرای حکم را بکند. در مثال ما، زن دعوای طلاق را طرح کرده و هم او می‌توانسته است در هر مرحله‌ای از دادرسی که بخواهد از این دعوا بگذرد. حال، چگونه ممکن است پس از صدور حکم یک‌باره وضع چنان تغییر یابد که شوهر بتواند او را ناگزیر به جدایی سازد؟

در دعوای طلاق، با این که دادرس در تحقیق خود آزاد است، باز هم در مرحلهٔ نخست حفظ حقوق درخواست کننده مطرح است و به همین جهت نیز هیچ گاه دادگاه نمی‌تواند، به نام حفظ خانواده و رعایت منافع عمومی، در رابطهٔ زن و شوهر دخالت کند. دولت، هر اندازه توسعه‌طلب و شیفتهٔ قدرت باشد، ناچار بایستی مرزی برای خود بشناسد و چهارچوبی را برای روابط خصوصی افراد محترم بدارد.

رابطهٔ زن و شوهر و تصمیم دربارهٔ جدایی آنان یکی از زمینه‌هایی است که به طور مرسوم از قلمرو حکومت مصون مانده و به ندرت مورد تجاوز قرار گرفته است. دولت قواعدی برای تعدیل نیروها و حفظ سلامت خانواده وضع می‌کند، ولی دربارهٔ لزوم استناد به این قواعد به طور مستقیم تصمیم نمی‌گیرد. رأی دادگاه، مانند سایر احکام در امور ترافعی، نسبی است و برای حفظ حقوق مدعی و در حدود درخواست او صادر می‌شود. دادگاه احساس درخواست کننده و میزان تأثر او را درنظر می‌گیرد و برمبنای عواملی رأی می‌دهد که بیشتر جنبهٔ انسانی دارد و مربوط به مدعی است. بنابراین، چگونه می‌توان پذیرفت که از این رأی کسی سود برد که خواسته‌های او هیچ گاه مطرح نبوده است؟

ظاهر مادهٔ واحده چنان با اصول حقوقی و عدالت معارض است که رویهٔ قضایی باید آن را تعدیل کند و منصرف از تعیین درخواست‌کنندهٔ اجرای صیغهٔ طلاق بداند: بدین تعبیر که، قانونگذار خواسته است، تشریفات درخواست و اجرای صیغهٔ طلاق را نسبت به زن و شوهر یکسان قرار دهد، ولی در اینکه کدام یک از زوجین حق دارد تقاضای اجرای صیغهٔ طلاق را بکند، باید به اصول کلی رجوع کرد. این اصل در مادهٔ ۲

قانون اجرای احکام مدنی بدین عبارت آمده است : «**احکام دادگاههای دادگستری وقتی به موقع اجرا گذاشته می‌شودکه به محکوم‌علیه یا وکیل یا قائم‌مقام قانونی او ابلاغ شده و محکوم‌له یا نماینده و قائم مقام قانونی او کتباً این تقاضا را از دادگاه بنماید**».

پس، بهتر است که گواهی تنها به درخواست خواهان طلاق و به عنوان او صادر شود یا در آن قید کنند که تنها درخواست‌کننده می‌تواند از آن استفاده کند.

به موجب این مادهٔ واحده دو طرف به وسیلهٔ سردفتر احضار می‌شوند: ۱) در صورت امتناع زوجه از حضور، زوج صیغهٔ طلاق را جاری و پس از ثبت به‌وسیلهٔ دفترخانه به اطلاع زوجه رسانده می‌شود. ۲) در صورت امتناع زوج از حضور و اجرای طلاق، دفتر مراتب را تأیید و به دادگاه صادر کننده گواهی اعلام می‌دارد. دادگاه به درخواست زوجه زوج را احضار و در صورت امتناع از حضور، دادگاه با رعایت جهات شرعی صیغهٔ طلاق را جاری و دستور ثبت و اعلام آن را به دفتر ثبت طلاق صادر می‌کند.» امتناع از طلاق دادن در حکم امتناع از حضور است.

ب. اجرای صیغهٔ طلاق

۲۲۳. مقدمهٔ اجرا؛ پرداخت حقوق زن:

در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مانع مهمی در راه اجرای اذن به شوهر ایجاد شده است که در فقه پیشینه‌ای ندارد و مبنای آن مصلحت‌گرایی و حمایت از حقوق زن است. بی‌گمان، شوهر باید حقوقی را که از زن بر عهده دارد ایفا کند. ولی، معلق ساختن طلاق به پرداخت این حقوق به نقد، از ابتکارهای قانونگذار کنونی است. در تبصرهٔ ۳ مادهٔ واحده چنین آمده است: «**اجرای صیغهٔ طلاق و ثبت آن در دفتر، موکول به تأدیهٔ حقوق شرعی و قانونی زوجه (اعم از مهریه، نفقه، جهیزیه و غیر آن) به صورت نقد می‌باشد، مگر در طلاق خلع یا مبارات (در حد آنچه بذل شده) و یا رضایت زوجه و یا صدور حکم قطعی اعسار شوهر از پرداخت حقوق فوق الذکر**».

از لحن حکم برمی‌آید که دادگاه نمی‌تواند صدور گواهی عدم امکان سازش را منوط به پرداخت مهر و نفقه کند. زیرا، الزام به پرداخت حقوق زن مقدمهٔ اجرای صیغهٔ طلاق و ثبت آن است و امکان اجرای صیغه و ثبت آن در صورتی مطرح می‌شود که گواهی به سود شوهر صادر شده باشد. این حمایت در صورتی مؤثر است که شوهر

مایل به طلاق باشد و در فرضی که زن درخواست کننده است و حکم بـه الـزام شـوهر همراه با گواهی و گرفتن تأمین متناسب از او است.

۲۲٤. به کار بردن لفظ خاص:

مطابق مـادهٔ ۱۱۳٤ ق.م.: «**طلاق باید به صیغهٔ طلاق واقع گردد**»[1]. مقـصود قانونگـذار این است که انحلال نکاح به وسیلهٔ اصطلاح ویژهٔ آن انجام شـود، و از بـه کـار بـردن کلمات مبهم و نارسا پرهیز شود.

در زبان حقوقی ما، عملی را که شوهر به اذن یا حکم دادگاه پیوند زناشویی را پـاره می‌کند «طلاق» می‌گویند و به همین جهت باید یکی از ترکیب‌های این کلمه گفته شود. همچنین، طلاق باید به زبان آورده شود و تنها با نوشته انجام نمی‌پذیرد. زیرا قانونگـذار خواسته است از اثر روحی کـه گفـتن واژهٔ «طـلاق» در شـخص ایجـاد مـی‌کنـد بـرای جلوگیری از آن و اطمینان یافتن به ارادهٔ جدی شوهر استفاده کند.

با وجود این، الزام مادهٔ ۱۱۳٤ ناظر به صورتی است که مرد زبان عربی یا فارسـی را بداند. مقصود این نیست که مرد واژه‌هایی را بگویـد کـه مفهـوم آن را نمـی‌دانـد؛ بایـد بلیغ‌ترین واژه‌های زبان خود را به کار برد، تا هیچ تردیدی در ارادهٔ واقعـی او بـه میـان نیاید و کارش تفسیربردار نباشد.

در مورد کسانی که به علت نقص عضو یا بیماری توان سخن گفتن ندارند، اختلاف شده است که آیا می‌توانند به اشاره یا به وسیلهٔ نوشتن طلاق دهند یا نـه؟ در معـاملاتی که به رضای دوطرف واقع می‌شود و تشریفاتی در آن لازم نیست، اگر برای طـرفین یـا یکی از آنان تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی است.

ولی، پذیرفتن این حکم در اعمال تشریفاتی امکان ندارد. طلاق با به کـاربردن لفـظ خاص واقع می‌شود، و کسی که قادر بـه سـخن گفـتن نیـست بایـد بـه وسـیلهٔ وکیـل تشریفات لازم را انجام دهد: یعنی باید به وسیلهٔ اشاره یا نوشته مقصود خود را به وکیل بفهماند و به او در اجرای صیغهٔ طلاق نمایندگی بدهد.

۲۲۵. تکرار طلاق:

با گفتن صیغهٔ خاص، طلاق برای یک بار انجام می‌شود. مردی کـه مایـل اسـت زن

---

۱. سیدمرتضی، الانتصار، ص ۷۲.

خود را چند بار طلاق دهد، باید پس از نخستین طلاق در زمان عده به او رجوع کند و بعد از آن پیوند جدید را به وسیلهٔ طلاق دیگر منحل سازد. بنابراین، اگر گفته شود «سه بار ترا طلاق دادم» یک طلاق بیشتر واقع نخواهد شد.

نتیجهٔ مهمی که از این اصل گرفته می‌شود این است که مرد با اذن یا حکم دادگاه بیش از یک بار نمی‌تواند زن خود را طلاق دهد. زیرا، پس از رجوع یا ازدواج مجدد زن و مرد، پیوند زناشویی دوباره به وجود می‌آید و انحلال آن باید به اذن دادگاه باشد.

بیشتر اشکال در موردی است که، مطابق عادات مذهبی شوهر، سه طلاق زن به یک بار ممکن باشد. پس، اگر چنین شوهری از دادگاه اذن به طلاق بگیرد، آیا می‌تواند زن را سه طلاق دهد و بدین وسیله حرمت ابدی بین خود و او ایجاد کند؟ به نظر می‌رسد که اذن دادگاه به طور متعارف ناظر به یک طلاق است، و شوهری که مایل به جدایی همیشگی است باید موضوع را در دادگاه مطرح کند و در این باره اذن خاص بگیرد.

۲۲۶. طلاق باید نزد دو شاهد عادل واقع شود:

به موجب مادهٔ ۱۱۳٤ ق.م. «**طلاق باید... در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد**». بنابراین، صیغهٔ طلاق باید چنان گفته شود که شهود با هم آن را بشنوند و شنیدن آنها جدای از هم کفایت نمی‌کند[1]. طلاق در صورتی درست است که شهود دارای این سه شرط باشند:

۱. **مرد باشند**: در اثبات دعاوی، شهادت زنان در بسیاری از موارد شنیده می‌شود، ولی در طلاق دو نفر مرد باید طلاق را بشنوند و حضور زنان، هرچند تن که باشند، برای وقوع طلاق کافی نیست.

۲. **عادل باشند**: در شرع عادل به کسی گویند که از گناهان بزرگ بپرهیزد و اصرار بر ارتکاب گناهان کوچک نیز نداشته باشد. از این معیار در حقوق کنونی نیز می‌توان استفاده کرد و گفت، عادل کسی است که از آنچه اخلاق عمومی نمی‌پسندد بپرهیزد و انسانی معقول و پرهیزکار باشد.

---

۱. سبزواری، کفایه، ص ۲۰۰ - سیدمرتضی، الانتصار، ص ۷۱ - «یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة ...فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف و اشهدوا ذوی عدل منکم...» (قرآن کریم، سورهٔ طلاق، آیه ۱ و ۲).

۳. هر دو با هم صیغهٔ طلاق را بشنوند: پس، امضا کردن سند طلاق از طرف شهود یا شنیدن جداگانهٔ صیغهٔ طلاق، کافی نیست.

مبحث سوم: موجبات طلاق

۲۲۷. طلاق، به درخواست شوهر و به درخواست زن:

با این که طلاق به ارادهٔ شوهر یا نمایندهٔ قانونی او واقع می‌شود، گاه خود او مایل به طلاق دادن زن است و گاه زن از دادگاه می‌خواهد تا شوهر را به دادن طلاق اجبار کند. قانون در هر دو مورد، به تناسب درخواست کنندهٔ طلاق، اذن یا حکم دادگاه را ضروری دانسته است. بدین معنی که، به عنوان مقدمه، باید از دادگاه درخواست رسیدگی بشود. این درخواست، در مورد زن باید مستند به دلایل و جهاتی باشد که در قانون برای درخواست طلاق پیش بینی شده است و این جهات قانونی را «موجبات طلاق» می‌نامیم.

در قانون مدنی، از نظر امکان جدایی، تفاوت کامل بین زن و شوهر وجود دارد. در قوانین حمایت خانواده سعی شد که آن دو را در وضعی یکسان قرار دهند. با وجود این، چون تفاوت طبیعی زن و مرد امری نیست که با قانون بتوان از بین برد، ناچار در همان امر نیز تفاوت در احکام تا حدودی اجتناب‌ناپذیر می‌نمود. ولی، لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص دوباره نظام قانون مدنی را با اندک تفاوتی برقرار ساخت: شوهر می‌تواند هر گاه بخواهد زن را طلاق دهد ولی، ناگزیر است از دادگاه اذن بگیرد و این اذن در صورتی داده می‌شود که داوران منتخب نتوانند در اصلاح بین آن دو توفیقی به دست آورند. ولی، برعکس، زن تنها در موردی می‌تواند حکم به اجبار شوهر را از دادگاه بگیرد که موجب مشروعی داشته باشد. بنابراین، موجبات طلاق را، برحسب این که مربوط به زن یا شوهر است می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

۱. طلاق به درخواست شوهر؛

۲. طلاق به درخواست زن؛

گفتار نخست - طلاق به درخواست شوهر

۲۲۸. پیشینهٔ تاریخی:

به موجب مادهٔ ۱۱۳۳ ق.م. «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». پیش از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳٤٦، مرد در طلاق دادن زن خود آزادی کامل داشت؛ می‌توانست هر زمان که می‌خواهد، بدون این که نیازی به رجوع به دادگاه و حتی حضور زن در مجلس طلاق باشد، او را به یک یا چند طلاق مطلقه سازد. عرف و رویهٔ قضایی نیز این حق شوهر را مطلق می‌دانست، و هیچ‌گاه تصور نمی‌شد که شوهری را بتوان از جهت سوء استفاده از حق خویش به خسارت محکوم کرد.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳٤٦ این اختیار را تعدیل کرد. مطابق این قانون، شوهر حق نداشت برای طلاق دادن زن به طور مستقیم به دفتر ثبت طلاق رجوع کند. حتی در موردی که زن نیز با جدایی موافق بود، شوهر باید از دادگاه گواهی عدم امکان سازش بخواهد و در تقاضای خود موجبات این تصمیم را به طور موجه قید کند و «...دادگاه رأساً یا در صورتی که مقتضی بداند وسیلهٔ داور یا داوران سعی در اصلاح بین شوهر و زن و جلوگیری از وقوع طلاق خواهد نمود. هرگاه مساعدت دادگاه برای حصول سازش به نتیجه نرسد، دادگاه گواهی عدم سازش را صادر خواهد نمود. دفتر طلاق پس از دریافت گواهی مذکور به اجرای طلاق و ثبت آن اقدام خواهد نمود» (مادهٔ ۸).

ولی، این مسأله هنوز روشن نشده بود که آیا شوهر حق دارد، هرگاه بخواهد از دادگاه گواهی عدم سازش تقاضا کند و رسیدگی دادگاه محدود به سعی در اصلاح بین زن و شوهر است، یا مرد نیز مانند زن فقط در موارد خاص می‌تواند درخواست گواهی کند و مادهٔ ۱۱۳۳ قانون مدنی نسخ ضمنی شده است؟ پس، دو نظر گوناگون بین دادرسان و استادان حقوق به وجود آمد:

۱. جمعی اعتقاد داشتند که به موجب قانون حمایت خانواده، زن و شوهر در تقاضای طلاق با هم برابرند. طلاق امری است استثنایی که موارد خاص آن در قانون معین شده و مرد نیز تنها در آن موارد می‌تواند از دادگاه گواهی عدم امکان سازش بخواهد. برای اثبات این ادعا به دو دلیل مختلف استناد می‌شد:

الف. در مادهٔ ۸ مقرر است که در تقاضای گواهی باید علل آن به طور موجه قید شود و مرد هیچ امتیازی بر زن ندارد، در حالی که اگر مرد در طلاق دادن زن مختار بود لزومی نداشت که دلایل درخواست خود را به طور موجه قید کند.

ب. مطابق مادهٔ ۱۱ مواردی که زن یا شوهر می‌تواند از دادگاه گواهی عدم امکان سازش بخواهد محدود شده است، در صورتی که اگر مرد می‌توانست به میل خود زن را طلاق دهد، معقول نبود که قانونگذار چنین حکمی دربارهٔ او انشاء کند و زن و شوهر را یکسان موضوع مادهٔ ۱۱ قرار دهد[1].

۲. گروه دیگر اظهارنظر می‌کردند که مادهٔ ۱۱۳۳ نسخ ضمنی نشده است و مفاد مواد ۱۱ و ۱۷ قانون حمایت خانواده این تعبیر را تأیید می‌کند[2].

مادهٔ ۱۱ قانون حمایت خانواده بدین شرح آغاز شده بود: «علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی، در موارد زیر نیز زن یا شوهر برحسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید...». پس، گفته می‌شد که، چون در قانون مدنی مرد می‌تواند هر گاه بخواهد زن خود را طلاق دهد، ادعای این که موارد رجوع به دادگاه نیز محدود به موارد خاص شده و مفاد مادهٔ ۱۱۳۳ به طور ضمنی منسوخ گردیده ادعایی است بدون دلیل.

مادهٔ ۱۷ قانون نیز طوری انشاء شده بود که اختیار مرد را در طلاق دادن به خوبی می‌رساند.

از اینها گذشته، اعتقاد به نسخ ضمنی مادهٔ ۱۱۳۳ قانون مدنی نظم بین قواعد موجود در آن را برهم می‌زد. برای مثال: در قانون مدنی، چون مرد می‌تواند هرگاه بخواهد زن خود را طلاق دهد، جنون زن هرگاه بعد از عقد عارض شود به او حق فسخ نمی‌دهد. ولی، جنون شوهر به زن حق می‌دهد که انحلال نکاح را اعلام کند. حال، اگر اختیار مرد به طور کلی، و حتی در مواردی که سوء استفاده‌ای نیز از آن نشده است، از بین برود، آیا عادلانه است که بین زن و شوهر دربارهٔ دیوانگی همسر تفاوت باشد؟ و آیا می‌توان برای جلوگیری از این بی‌نظمی برای مرد نیز حق فسخ قائل شد؟[3]

---

۱. دکتر سیدحسین صفایی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۵۹ تا ۱۶۱.

۲. امیرناصرکاتوزیان، پلی‌کپی درس حقوق خانواده، ش ۱۶۱.

۳. پاره‌ای از نویسندگان که مادهٔ ۱۱۳۳ را نسخ شده می‌دانستند، با این اشکال روبه‌رو شده بودند که، چون مادهٔ ۱۱ مقرر می‌دارد که «علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی، در موارد زیر نیز زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند ←

اگر این ملاحظات را به سابقهٔ تاریخی اختیار شوهر در فقه و این اصل که قانونگذار، بنا به فرض ناشی از دستور قانون اساسی، باید از قواعد مذهبی پیروی کند بیفزائیم، به خوبی دیده می‌شود که، پیش از تصویب قانون حمایت خانواده در ۱۳۵۳، نظر دوم از لحاظ حقوقی برتری داشت و حمایت رویهٔ قضایی از نظر نخست را گرایش‌های اجتماعی مربوط به تأمین تساوی زن و شوهر باعث شده بود.

با تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، وضع شوهر نسبت به اختیار طلاق روشن شد. قید «علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی» از عبارت مادهٔ ۸ ، که جانشین مادهٔ ۱۱ سابق شده بود حذف شد و قانونگذار بدین وسیله نشان داد که نمی‌خواهد اختیار شوهر را در طلاق دادن زن باقی گذارد. مادهٔ ۱۷ قانون پیشین در مورد لزوم وکالت دادن به زن نیز از بین رفت و جای خود را به مادهٔ ۹ داد.

بدین ترتیب، آرمان برابری زن و مرد در باب موجبات طلاق تحقق یافت. دیگر جای گفتگو نبود که شوهر نیز، مانند زن، باید یکی از موجبات پیش بینی شده در مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده را در دادگاه ثابت کند تا بتواند گواهی عدم امکان سازش بگیرد. با وجود این، آیا می‌توان ادعا کرد که مادهٔ ۱۱۳۳ قانون مدنی به طور کامل نسخ شده بود؟

برخلاف آنچه در بادی نظر مسلم جلوه می‌کند، نباید این ادعا را پذیرفت. از مادهٔ ۱۱۳۳ دو حکم گوناگون استنباط می‌شود:

۱. طلاق را مرد باید بدهد.

۲. مرد هرگاه بخواهد می‌تواند از این اختیار استفاده کند.

حکم دوم، به دلیل تعارضی که با مفاد مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده داشت، نسخ ضمنی شده بود. ولی، این تعارض در مورد حکم نخست صادق نبود. در نظام قانون

←از دادگاه تقاضای صدور عدم امکان سازش نماید...» و در قانون مدنی برای درخواست زن موجباتی پیش بینی شده که مرد برطبق آنها حق درخواست گواهی عدم امکان سازش ندارد، پس تساوی زن و مرد در خصوص طلاق به سود زن از بین رفته است و نتیجه می‌گرفتند که زن به علت سوء رفتار شوهر و انجام ندادن تکالیف زناشویی از طرف او و غیبت بیش از ۴ سال می‌تواند درخواست طلاق کند، ولی مردی که با زن بدرفتار و خودسر روبه‌روست یا همسرش به بیماری ساری و صعب‌العلاج دچار گشته یا بیش از ۴ سال غایب شده است، حق درخواست طلاق ندارد و ناگزیر است که همچنان با او بسازد (سیدحسین صفائی، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، چاپ دوم، ص ۱۵۹).

حمایت خانواده نیز، طلاق را شوهر می‌داد و حکم دادگاه مقدمهٔ آن بود که، به تفاوت موارد، مرد را مأذون یا محکوم به انجام آن می‌ساخت. بنابراین، چون مادهٔ ۱۱۳۳ به طور صریح نسخ نشده بود، با وضع قانون حمایت خانواده نیز نباید آن را نسخ شدهٔ کامل پنداشت.

گذشته از اینها، اگر پذیرفته شود که طلاق زن بدون اذن دادگاه نیز درست است و فقط تخلف از حکم قانون ضمانت اجرای کیفری دارد، دربارهٔ نسخ ضمنی حکم دوم نیز تردید پیدا می‌شود. زیرا، با قبول این نظر، دیگر نمی‌توان گفت اختیار مرد در طلاق دادن به کلی از بین رفته است. پس، ناچار باید گفت، حکم مادهٔ ۱۱۳۳ در این بخش نیز تنها محدود و مقید شده بود.

با این ترتیب، تنها در دو مورد شوهر حق درخواست طلاق را به طور خاص داشت و زن از آن بی بهره بود:

۱. عارضهٔ جنون پس از عقد؛

۲. عدم تمکین زن از شوهر.

۲۲۹. حقوق کنونی:

لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸، تحولی را که به سوی قضایی شدن طلاق و محدود کردن شوهر به موارد پیش‌بینی شده در قانون در جریان بود متوقف ساخت. اختیار شوهر در طلاق زن و مفاد مادهٔ ۱۱۳۳ ق.م. را دوباره احیا کرد، ولی از تأثیر این تحول نیز مصون نماند. قوانین حمایت خانواده، با تمام معایب و نقص‌های انکارناپذیر آن باز هم در اخلاق عمومی اثر خود را کرده بود. زنان اندک اندک بیدار شده بودند و طلاق خودسرانه و بی بند و بار شوهران را با حقوق خود مخالف می‌دیدند و اثر نامطلوب آن را در تربیت و رشد فرزندان خود احساس می‌کردند. جامعه نیز به لزوم بازرسی مقام‌های قضایی در امر طلاق خو گرفته بود و آن را ضروری می‌دانست. قانون‌گذار مقید بود که احکام شرع را رعایت کند و از آن قدمی فراتر ننهد، لیکن سنگینی کراهت عمومی از طلاق سنتی را نیز حس می‌کرد. استفاده از حکم جلوگیری از شقاق در قرآن و فقه راه‌حلی بود که برای تعدیل این دو تمایل و فشار به

کار گرفته شد.[1]

فرمان آیهٔ ۴۰ از سورهٔ نساء قرآن کریم بدین مضمون که، اگـر از جـدایی و کراهـت میان زن و شوهر می‌ترسید، داورانی از خویشان هر کدام برگزینیـد تـا در اصـلاح بـین ایشان بکوشند، حکم تازه‌ای نبود که قانونگذار انقلابی آن را کـشف کنـد. سـالیانی دراز همه آن را می‌خواندند و استفادهٔ ارشاد و استحباب می‌کردند و هیچ کس در این اندیشه نبود که از مفاد حکم مانعی برای اختیار کامل شـوهر در طـلاق زن ایجـاد کنـد. طـلاق غیابی زن نیز امری ناپسند و خلاف شرع نمی‌نمود و همهٔ تکیه‌ها و تأکیـدها بـر اختیـار شوهر بود (الطلاق بید من اخذ بالساق). ولی، فشارهای اجتماعی و نیازهای تازه باعـث شد که تفسیری تازه از آن آیه شود و نظری که سعی در اصلاح زوجین و جلـوگیری از «شقاق» را واجب می‌داند[2] غلبه کند، هرچند که نشوز و کراهت از سوی هر دو طـرف نباشد.[3]

از لحن تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص به خوبی بـر مـی‌آیـد کـه قانون گذار نمی‌خواهد شوهر بدون بازرسی دادگاه زن را طلاق دهد و لازم می‌بینـد کـه اخلاق اسلامی جامهٔ حقوقی بپوشد و مورد حمایت دولت قـرار گیـرد. در ایـن تبـصره می‌خوانیم که: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیـده، ولی در مواردی که شوهر به استناد مادهٔ ۱۱۳۳ قـانون مـدنی تقاضـای طـلاق مـی‌کنـد، دادگاه بدواً حسب آیهٔ کریمهٔ: «فان خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً مـن اهلـه و حکمـاً من اهلها إن یریدا اصلاحاً یوفق الله بینهما ان الله کان علیماً خبیرا موضـوع را بـه داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازهٔ طـلاق بـه زوج خواهد داد...».

مادهٔ ۱۱۳۳ ق.م. نیز بدین شرح اصلاح شد: **«مرد می‌تواند، با رعایت شرایط مقـرر در این قانون، با مراجعهٔ به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بکند»** و از اطلاق پیشین خـارج گشت.

---

۱. سید حسن امامی، ج ۵، ص ۶-۵

۲. برای دیدن این نظر رک .نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۱۳ - و برای دیـدن نظـر مخـالف، علامـهٔ حلـی، تحریر، ج ۲، ص ۴۲.

۳. شقاق ناظر به موردی است که نشوز و کراهت از سوی دو طرف باشد نه اینکـه تنهـا شـوهر خواهـان طـلاق گردد.

بدین ترتیب، اجرای اختیار شوهر در طلاق زوجه منوط به اجازهٔ دادگاه می‌شود. میزان سختگیری دادگاه در صدور چنین اجازه‌ای به روان‌شناسی قضایی بازمی‌گردد و تابع اخلاق حاکم بر دادرسان این گونه دادگاه‌هاست. زیرا، اجازه در صورتی داده می‌شود که دادگاه از اصلاح بین زن و شوهر مأیوس شود و شکست زندگی مشترک را حتمی بیابد.

۲۳۰. سوء استفاده شوهر از این اختیار:

برای محدود ساختن شوهران از دادن طلاق‌های بی مورد و غیراخلاقی، به نظر می‌رسد که باید مطلق بودن حق شوهر را با گسترش نظریهٔ «سوءاستفاده از حق» از بین برد[۱] و به ندای اخلاقی جامعه پاسخ مثبت داد. وجدان عدالت‌خواه از ستمی که بر زنان و کودکان خانواده می‌رود متأثر می‌شود و رفتار شوهری که هوسبازی را بر تکلیف اخلاقی حسن معاشرت با همسر ترجیح می‌دهد نمی‌پسندد.

با این که شوهر اختیار دارد که زن خود را طلاق دهد ولی این اختیار را نباید خودسرانه و تنها برای راضی ساختن هوس نامشروع خود به کار برد. خانوادهٔ امروز پیرو خواسته‌های مرد نیست.

حقی که قانونگذار در مورد طلاق به مرد داده امتیاز فطری و طبیعی او نیست؛ اختیاری است که به دلیل حفظ مصالح خانواده به او داده است. پس، اگر مرد این اختیار را نابجا به کار ببرد، و محرک او در طلاق دادن همسر امیال نامشروع و خواسته‌های غیرانسانی یا تنها اضرار به زن و خانوادهٔ او باشد، باید خسارات ناشی از کار خود را بپردازد. دادگاه می‌تواند با ارزیابی دلایل شوهر و توجه به عادت و رسوم و اخلاق عمومی، تشخیص دهد که آیا او مجاز در استفاده از این اختیار بوده و آن را بجا استعمال کرده است یا نه؟ و در صورتی که دلایل را موجه ندید، مرد را به جبران خسارات مادی و معنوی زن محکوم سازد.

الزام مرد به جبران خسارات شاید در بادی نظر امری گران جلوه کند، زیرا چگونه ممکن است شخصی را از بابت اجرای اختیار خود به خسارت محکوم کرد؟ ولی، باید دانست که وجود حق با امکان محکوم ساختن به جبران ضرر منافات ندارد؛ در اصل

---

۱. رک. امیرناصر کاتوزیان، درس حقوق خانواده، پلی‌کپی شده در دانشکدهٔ حقوق، ش ۱۶۳ .

۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی می‌خوانیم: **«هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»**. به بیان دیگر، در مقام اجرای حق نیز ممکن است شخص مرتکب تقصیر شود.[1]

از نظر اصول حقوقی، از این هم پیش‌تر می‌توان رفت و ادعا کرد که، اگر دادگاه جبران خسارت زن را منوط به جلوگیری از طلاق بداند، می‌تواند از صدور گواهی عدم امکان سازش خودداری کند (مادهٔ ۳ قانون مسؤولیت مدنی).

این راه‌حل بدعت در نظم حقوقی نیست؛ در مادهٔ ۱۳۲ ق.م. و در مقام اعمال حق مالکیت اعمال شده است[2] همچنین، با این که در شرکت‌های تضامنی هر یک از شرکا می‌تواند شرکت را فسخ کند، در صورتی که غرض شریک اضرار به دیگران باشد، این حق از او سلب می‌شود. عبارت مادهٔ ۱۳۷ چنین است: **«فسخ شرکت در صورتی ممکن است که در اساسنامه این حق از شرکا سلب نشده و ناشی از قصد اضرار نباشد...»**.

بی‌گمان رویهٔ قضایی می‌تواند از این قاعده و تفسیر مناسب به سود عدالت استفاده کند و به عادات و رسوم اجتماعی احترام نهد و از ضرر ناروا بکاهد. این تحول شایسته از هم اکنون آغاز شده است:

در رأی شماره ۷۷-۷۲/۱/۱۷ دادگاه مدنی خاص شهرستان شهرضا و در فرضی که شوهر درخواست «گواهی عدم امکان سازش» کرده است، دادگاه اعلام می‌کند:

«بنابر اصل چهلم قانون مذکور [اساسی]، هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. بنابراین اجرای مادهٔ ۱۱۳۳ ق.م. نمی‌تواند اولاً بدون توجه به موازین فوق‌الذکر و ملاک مادهٔ ۱۳۲ ق.م. و بدون قید و شرط و صرفاً بر اساس میل زوج صورت پذیرد.»

عیب مهم رأی در این است که از شوهر دلیل موجه بودن اقدام او مطالبه شده است در حالی که استناد به سوء استفاده از حق مستلزم اینست که زن دلایل ناروایی طلاق و سوءاستفاده شوهر را به دادگاه بدهد.

۲۳۱. ضمانت اجرای لزوم تقاضای شوهر از دادگاه:

گفته شد، بطلان طلاقی که بدون اذن دادگاه انجام شود، با توجه به متن مادهٔ ۱۱۳۳

---

۱. دربارهٔ سوءاستفاده از حق، رک. امیر ناصر کاتوزیان، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۲۰۵ به بعد.

۲. در این باره رک. امیر ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۱۱۴.

اصلاح شدهٔ قانون مدنی در حقوق کنونی هنوز هم اندک مخالفانی دارد (ش ۲۱۳) و دربارهٔ اجرای مجازات مندرج در مادهٔ ۱۰ قانون حمایت خانواده نیز تردیدهایی وجود دارد. اگر این تردیدها در رویهٔ قضایی معقول پنداشته شود و شوهر و سردفتر بتوانند از مجازات کیفری مصون بمانند، دیگر ضمانت اجرای مؤثری، جز زحمت اثبات طلاق، برای تخلف شوهر باقی نمی‌ماند.

با وجود این، آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که، هرگاه از تخلف شوهر خسارتی به زن وارد شود، بایستی جبران شود (مادهٔ ۱ قانون مسئولیت مدنی) همچنین، گفته شد که ارتباط قواعد حاکم بر خانواده با نظم عمومی نیز بی‌اعتباری طلاق خودسرانه را توجیه می‌کند. از مفاد قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۷۱/۸/۲۸ این نتیجه به خوبی استفاده می‌شود.

گفتار دوم: طلاق به درخواست زن

۲۳۲. پیشینهٔ فزونی یافتن تدریجی این موجبات:

در قانون مدنی، زن می‌توانست به دلایل زیر از دادگاه درخواست طلاق کند:

۱. خودداری و عجز شوهر از پرداختن نفقه (مادهٔ ۱۱۲۹)؛

۲. خودداری شوهر از ایفای وظایف زناشویی (مادهٔ ۱۱۳۰)؛

۳. سوء معاشرت شوهر به حدی که زندگانی را تحمل‌ناپذیر سازد (بند ۲ مادهٔ ۱۱۳۰)؛

٤. مرض ساری و صعب العلاج شوهر (بند ۳ مادهٔ ۱۱۳۰)؛

۵. غیبت بیش از چهار سال شوهر (مادهٔ ۱۰۲۹)؛

٦. به وکالت از طرف شوهر (مادهٔ ٤ قانون ازدواج و مادهٔ ۱۱۱۹ ق.م).[1]

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳٤٦، گذشته از پیش بینی موجبات مشترک و اضافی برای طلاق، مانند حبس‌های طولانی و اعتیادهای مضر و ترک خانواده، موردی را که شوهر بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار می‌کند بر موجبات خاص طلاق

---

۱. به موجب مادهٔ ۹ قانون حمایت خانواده، درخواست طلاق به استناد وکالت از همسر در زمرهٔ موجبات مشترک درآمد.

به درخواست زن افزود.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، علاوه بر اضافه کردن عقیم بودن زوجین و جنون بر موجبات مشترک، در این موارد نیز بر اختیار زن نسبت به درخواست طلاق افزود:

۱. در موردی که زوج همسر دیگری اختیار می‌کند، هرچند با رضایت زوجه و اذن دادگاه باشد (بند ۱۰ مادهٔ ۸).

۲. در موردی که شوهر نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند (همان بند).

۳. عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال شوهر به کار یا حرفه‌ای که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت زن باشد «بند ۷ از مادهٔ ۸).

این مقایسهٔ اجمالی نشان می‌دهد که، برخلاف آنچه از عنوان قوانین حمایت خانواده برمی‌آید، گرایش نویسندگان این قوانین به حفظ حقوق زن بیش از حمایت خانواده و سختگیری دربارهٔ آن بوده است.

بی‌گمان، فرد گرایی ایجاب می‌کند که طلاق آسان شود و هیچ انسانی به اجبار در بند همسری دیگری باقی نماند. به همین جهت، پس از انقلاب کبیر فرانسه نیز، بر موجبات طلاق افزوده شد. ولی استواری این پیوند و حمایت از حقوق اطفال اقتضا دارد که طلاق، به عنوان امری ناگوار، محدود به موارد استثنایی شود و در رابطهٔ زن و شوهر غیرخواهی جای خودخواهی را بگیرد.

در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص اعلام شد که «**موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده...**» و بدین ترتیب تمام موجباتی که، خارج از ق.م. و احکام شرع، در قوانین حمایت خانواده برای طلاق زن پیش‌بینی شده بود نسخ شد. ولی مفاد این ماده در ارجاع موارد طلاق در ابهام باقی ماند. زیرا، مردم و بسیاری از حقوقدانان و وکلای دادگستری احاطه بر احکام شرع ندارند و این امر خود مانع بزرگی در راه حق‌طلبی و اجرای عدالت است. کافی نیست که قاضی قانون را بداند و در تمیز حق آن را اجرا کنند. صاحبان حق و تکلیف نیز بایستی از مفاد آن آگاه باشند یا دست کم امکان عرفی دسترسی به آن را داشته باشند تا به هنگام ضرورت بتوانند از حقوق خود دفاع کنند. انتشار قوانین و لزوم علنی بودن جلسهٔ طرح قانون در مجلس نیز به همین منظور است (اصل ٦٩ قانون اساسی) تا هیچ ابهامی در حقوق و تکالیف مردم باقی نماند.

وانگهی، در شرع همهٔ احکام صریح و روشن نیست و در بسیاری از تفسیرها فقیهان و متخصصان نیز با هم اختلاف دارند. پس، این شیوهٔ قانونگذاری که موارد طلاق را به احکام شرع واگذارد، نمی‌تواند مطلوب باشد. چنانکه هم اکنون نیز در غالب موارد حقوق‌دانان به دشواری می‌توانند حدس بزنند که زن در رجوع به دادگاه برای طلاق با چه حکمی روبه‌رو خواهد شد؛ درخواست او موافق قانون است یا مخالف آن؟

در اصلاح سال ٦١ قانون مدنی، مادهٔ ۱۱۳۰ نیز تغییر کرد. موارد معینی که زن حق درخواست طلاق داشت (مانند سوء معاشرت شوهر و بیماری ساری و درمان‌ناپذیر او) حذف شد و به جای آن قاعده‌ای نشست که به موجب آن **«در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید»**. این قاعده بر اختیار دادگاه شرع می‌افزاید، و قانون را همچون ابزاری انعطاف‌پذیر می‌سازد. این متن نیز در سال ۱۳۷۰ مورد تجدیدنظر، قرار گرفت و در متن اصلاح شدهٔ ۱۳۷۰/۸/١٤ می‌خوانیم: **«در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند؛ چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود»**.

بی‌گمان، رویهٔ قضایی می‌تواند در آینده از چنین متنی به سود عدالت استفاده کند و به عادات و رسوم اجتماعی احترام نهد و از ستم‌های ناروا بکاهد، لیکن در آغاز این راه پردهٔ ابهام عدالت را آزار می‌دهد، چرا که بر مبنای آن می‌توان بر موجبات طلاق افزود یا از آن کاست. همه چیز به شخصیت قاضی وابسته می‌شودو تنها اعتدال فکر و روشن بینی او است که می‌تواند از گشاده دستی‌های زیانبار و تنگ نظری‌های اسفبار جلوگیری کند. تبصرهٔ مصوب ۱۳۸۱/٤/۲۹ برای رفع همین ابهام و روشن ساختن مفهوم عسر و حرج بدان افزوده شد که دربارهٔ آن سخن خواهیم گفت.

بدین ترتیب، موجبات طلاق به درخواست زن را به دو گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱. موارد سنتی که در قانون مدنی به صراحت و به گونه‌ای مشخص و خاص آمده است: مانند خودداری و ناتوانی شوهر از دادن نفقه و غیبت بی خبر او. در واقع، فرض این است که ماهیت این حادثه‌ها چندان ناگوار و مشقت‌بار است که به داوری قاضی

نیاز ندارد وزندگی زناشویی را تحمل‌ناپذیر می‌کند.[1]

۲. مواردی که زیر عنوان «عسر و حرج» از موجبات طلاق قرار می‌گیرد و رویهٔ قضایی و شخصیت دادرس در تعیین آنها نقش اساسی دارد، هر چند که تبصرهٔ افزوده شده به مادهٔ ۱۱۳۰ مصداق‌هایی از آن را معین می‌کند.

۲۳۳. شخصی بودن دعوا و اعتبار امر قضاوت شده:

درخواست طلاق جنبهٔ شخصی دارد و تنها از جانب همسر پذیرفته است؛ نه به میراث می‌رسد و نه طلبکاران می‌توانند به قائم مقامی بدهکار اقامهٔ دعوا کنند یا در آن دعوا به عنوان ذی نفع وارد شوند.[2] پس، اگر همسر درخواست کننده در هر مرحله از دادرسی بمیرد، دادگاه باید موضوع را منتفی بداند.

همچنین، باید دانست که سازش دربارهٔ هر موجب طلاق یا صدور حکم دربارهٔ آن مانع از طرح مجدد دعوای طلاق بر مبنای همان سبب موضوع سازش یا حکم است. ولی، تجدید دعوای طلاق به استناد موجب دیگر مانعی ندارد، حتی اگر حادثهٔ مورد استناد پیش از صلح یا صدور حکم رخ داده باشد و درخواست کننده از وجود آن آگاه نباشد.

الف: موجبات خاص

۱. خودداری شوهر از دادن نفقه

۲۳۴. مفاد قوانین مدنی و کیفری:

مطابق مادهٔ ۱۱۲۹ ق.م.: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای

---

۱. در حقوق فرانسه «زنا» در زمرهٔ حوادثی است که اگر رخ دهد سبب طلاق می‌شود و هیچ ضرورتی ندارد که دادگاه تحمل‌ناپذیر بودن حفظ رابطهٔ زناشویی را احراز کند. اثبات زنا موجب کافی برای درخواست طلاق است، هرچند که خوانده نیز این نسبت را به درخواست کننده بدهد و ادعای خود را نیز ثابت کند، یا مرتکب زنا به پندار رها بودن از تکالیف خانوادگی به آن آلوده شود، یا بر مبنای اعلام خواهان که «زنای همسر خود را تحمل می‌کند» خویشتن را مجازدانسته باشد، یا از نظر کیفری مرتکب مشمول عفو قرار گیرد :ابری و رو، ج ۷، به وسیلهٔ اسمن، ش ۱۴۰ . – در حقوق آمریکا نیز زنا یکی از موجبات شایع درخواست طلاق از دادگاه است و در بسیاری از کشورهای اروپایی و آمریکایی از این قاعده پیروی شده است . با وجود این، هرگاه دست همسر درخواست‌کننده در تشویق یا فراهم آوردن وسیلهٔ ارتکاب زنا آلوده باشد این اقدام مانع از قبول ادعا است.

۲. ابری و رو، همان، پاورقی، ش ۱.

حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه»[۱].

در مادهٔ ٦٤٢ قانون مجازات اسلامی نیز آمده است: «**هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقهٔ زن خود را در صورت تمکین ندهد...**» مرتکب جرم ترک انفاق شده است و تنگدستی شوهر عذر مشروعی است که مانع از تحقق عنصر معنوی جرم می‌شود.

۲۳۵. آیا ندادن نفقهٔ گذشته نیز از موجبات طلاق است؟

به نظر بعضی مادهٔ ۱۱۲۹ ق.م. شامل نفقهٔ گذشته نیز هست: یعنی، اگر زن برای مطالبهٔ نفقهٔ گذشته خود اقامهٔ دعوا کند و حکمی که بر مبنای این دادخواست صادر می‌شود قابل اجرا نباشد، به استناد آن می‌توان تقاضای طلاق کرد. ولی، پاره‌ای از استادان قانون را ناظر به نفقهٔ آینده دانسته‌اند.[۲]

در توجیه این نظر گفته شده است که دلیل واگذاری حق طلاق به زن ممکن نبودن ادامهٔ زناشویی با مردی است که نمی‌خواهد مخارج خانواده را بدهد و این دلیل دربارهٔ نفقهٔ گذشته مورد ندارد زیرا، اگر شوهری وسایل گذران زن را در آینده تأمین کند، دیگر چگونه می‌توان، برای دینی که از بابت نفقهٔ گذشته به زن دارد، زندگی مشترک آن دو را ممکن نشمرد و مرد را به دادن طلاق اجبار کرد؟ به اضافه، نفقه در اصطلاح به امری گفته می‌شود که برای گذران معاش لازم است، و آنچه زن از این بابت طلبکار است دینی است مانند سایر دیون، که سبب ایجاد آن نفقه بوده است. حکم مادهٔ ۱۱۲۹ ناظر به موردی است که مرد نفقهٔ زن را نپردازد، و ندادن طلبی که زن از این بابت دارد حق درخواست طلاق به او نمی‌دهد.

---

۱. در بند دوم از مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، در زمرهٔ مواردی که زن یا شوهر می‌توانست از دادگاه درخواست عدم امکان سازش کند، چنین آمده بود: «استنکاف شوهر از دادن نفقهٔ زن و عدم امکان الزام او به تأدیهٔ نفقه...» پس این سؤال مطرح می‌شد که آیا ناتوانی شوهر از دادن نفقه از موجبات طلاق است یا تنها استنکاف شوهر از انفاق می‌تواند به زن حق درخواست طلاق بدهد؟ رک :چاپ نخست همین کتاب، ش ۲۱۲.

۲. دکتر سیدحسن امامی، ج ۵، ص ۳۲ و ۳۳ - و به تابعیت ایشان، دکتر عبدالعلی صابری صفایی، موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنی ایران، فرانسه، شوروی و مصر، ص ۲۹ به بعد. علامهٔ حلی در قواعد می‌نویسد: «...ولافسخ بالعجز عن المهر و لا عن النفقة الماضية فانها دين مستقر و ان لم يقدرها و يفرضها القاضي...»، ایضاح، ج ۳، ص ۷۸۱.

برای داوری در این باره، باید گفت، تعبیری که در این نظر از اصطلاح «نفقه» شده درست نیست، زیرا وقتی پذیرفته شد که نفقهٔ گذشته زن نیز قابل مطالبه است، اختصاص دادن آن به زمان آینده نیازمند به اثبات است. در زبان عرف نیز اگر شوهر مخارج زندگی زن را نپرداخته باشد، می‌گویند شوهر مدتی است نفقهٔ او را نداده، در حالی که مطالبهٔ نفقهٔ آینده از دادگاه امری است غیر متعارف و نادر. پس، اگر قرار باشد که اطلاق واژهٔ نفقه در مواد قانون مخصوص به فرد شایع در عرف شود، دلالت آن بر نفقهٔ گذشته بیشتر است تا بر نفقهٔ آینده.

ولی توجیه مربوط به سبب حق طلاق به زن منطقی و عادلانه است، زیرا نباید خانواده‌ای را که از این پس قابل دوام است به دلیل طلبی که زن از بابت نفقهٔ گذشته دارد منحل کرد. لحن مادهٔ ۱۱۲۹ و آیین درخواست طلاق نیز طوری است که این ادعا را تأیید می‌کند. زیرا، اگر درخواست طلاق به استناد ندادن نفقهٔ گذشته ممکن بود، ضرورتی نداشت که زن ابتدا برای گرفتن نفقه به دادگاه رجوع کند و پس از صدور حکم و عدم امکان اجرای آن دادخواست دیگری برای طلاق بدهد، چون به آسانی می‌توانست عدم تأدیهٔ نفقه را مستند دعوای طلاق سازد و دعوای مستقل اقامه نکند. پس، مقصود از لزوم این تشریفات طولانی این است که زن نفقهٔ آینده را از دادگاه بخواهد و به نیروی حکم نیز نتواند آن را تأمین کند.

با وجود این، باید دانست که دادرسی دربارهٔ وضع انفاق در گذشته صورت می‌پذیرد تا از نتیجهٔ آن دربارهٔ آینده استفاده شود. زیرا، در هر حال استنکاف از دادن نفقهٔ گذشته مستند تقاضای طلاق قرار می‌گیرد: فرض کنیم دادگاه به درخواست زن شوهر را محکوم سازد که ماهیانه پانصد هزار ریال نفقه به زن بدهد.

خودداری شوهر از اجرای حکم زمانی محقق می‌شود که روز استحقاق زن فرا رسد و زن فقط هنگامی می‌تواند دادخواست طلاق بدهد که مقداری از نفقهٔ گذشته او پرداخته نشده باشد: یعنی پولی که در دادخواست نفقه برای آینده خواسته می‌شود در دعوای طلاق بابت نفقهٔ گذشته است.

به هر حال، رویهٔ قضایی در این خصوص ثابت نیست. از حکم شمارهٔ ۷۹۲- ۴۶/۴/۱۲ شعبهٔ ۳ دیوان کشور چنین بر می‌آید که دادگاه مادهٔ ۱۱۲۹ را ناظر به نفقهٔ

آینده می‌داند.[1]

ولی، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ضمن رأی شمارهٔ ۲۴۰-۳۹/۱۲/۱۹ حکمی را که از طرف دادگاه استان آذربایجان، به استناد استنکاف شوهر از دادن نفقهٔ گذشته، به طلاق صادر شده به اکثریت آرا ابرام کرده است.[2]

راه جمع دو نظر بدین گونه است که گفته شود، دادگاه استنکاف شوهر از دادن نفقهٔ گذشته و عدم امکان اجرای حکم را نشانهٔ خودداری از انفاق آینده می‌بیند.

۲۳۶. آیین دادرسی و صلاحیت:

زنی که به دلیل خودداری از دادن نفقه درخواست طلاق دارد، نمی‌تواند به طور مستقیم از دادگاه درخواست طلاق کند و استنکاف شوهر را مقدمه و جهت خواستهٔ خود سازد. باید در مرحلهٔ نخست برای مطالبهٔ نفقه دادخواست بدهد. «**محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد** (مادهٔ ۱۱۱۱ ق.م.)» و «**اگر اجرای حکم مذکور در مادهٔ قبل ممکن نباشد، مطابق مادهٔ ۱۱۲۹ رفتار خواهد شد**» (مادهٔ ۱۱۱۲ همان قانون). حکم مادهٔ ۱۱۲۹ تنها پس از صدور حکم به انفاق و عدم امکان اجرای آن اجرا می‌شود.

بنابراین، دعوای طلاق باید مستند به حکمی باشد که دادگاه بر الزام شوهر بر دادن نفقه داده و به دلیلی اجرا نشده است.

رسیدگی به دعوای نفقه نیز مانند اصل طلاق در صلاحیت دادگاه خانواده است (بند ۶ مادهٔ ۳ قانون خانواده) و دادگاههای عمومی، پس از تخصیص شعب دادگاه خانواده، حق رسیدگی به دعاوی مربوط به نفقه و طلاق را ندارند و مخصوص شعبه‌های دادگاه خانواده است.

در موردی که بین زن و شوهر دربارهٔ دادن نفقه اختلاف شود، بدین گونه که شوهر ادعا کند که نفقه را به تدریج پرداخته است و زن منکر شود، بنا بر اصل عدم، باید شوهر را مدعی شمرد. با وجود این، هرگاه در مدت مطالبه زن و شوهر زندگی مشترک و آرامی را گذرانده باشند و زن عایدی ویژه‌ای نداشته باشد و ظاهر حکم کند که شوهر

---

۱. احمد متین، مجموعهٔ رویهٔ قضایی، قسمت حقوقی از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۲۷۹.

۲. کیهان، آرشیو حقوقی، مجموعهٔ رویهٔ قضایی، از ۲۸ تا ۵۲، ج ۲، ش ۱۲، ص ۲۱ به بعد.

نفقه را پرداخته است، زن مدعی به شمار می‌آید و باید خلاف ظاهر را اثبات کند. در تعارض بین «اصل» و «ظاهر»، چون ظهور در زمرهٔ امارات است و دلالت بر واقع دارد، بر حکم ظاهری ناشی از اجرای اصل حکومت می‌کند.[1]

۲۳۷. چرا تنگدستی شوهر نیز از موجبات طلاق است؟

اگر هدف قانون حمایت از خانواده و حفظ همبستگی زن و شوهر است، چرا باید زن ثروتمند بتواند به بهانهٔ نداری شوهر از او طلاق بگیرد؟[2] آیا معنی شرکت در زندگی و همدلی و غمخواری این است که زن، به جای یاری به شوهر و دستگیری از او، به هنگام تنگدستی همسر برای طلاق به دادگاه رجوع کند؟ و آیا می‌توان ادعا کرد که دادن چنین حقی به زن با تکلیف او به حسن معاشرت با شوهر و معاضدت در تشیید مبانی خانواده تعارض ندارد؟

بی‌گمان، اگر تنگدستی شوهر بار زندگی را چنان بر همسر او گران سازد که در طاقت هیچ انسان متعارفی نباشد، بایستی راهی برای نجات او از این وضع گشود.

زندگی زناشویی، خواه و ناخواه، زن را در فعالیت‌های اقتصادی محدود می‌سازد. زن، به حکم این که همسر است و قانون او را به حسن معاشرت با شوهر موظف می‌کند، باید به تدبیر منزل و تهیهٔ وسایل آسایش شوهر بپردازد و وظیفهٔ مادری نیز حکم می‌کند که در اندیشهٔ نگاهداری و تربیت فرزندان خود باشد. اجرای درست این وظایف در خور کوشش بسیار و صرف وقت فراوان است. پس، اگر شوهر نتواند از نظر اقتصادی معیشت خانواده را فراهم سازد و زن نیز دارایی کافی یا شغلی متناسب با تهیهٔ آن مخارج نداشته باشد، از چه منبعی باید زندگی او را تأمین کرد؟

از نظر اخلاقی، زن بایستی با فقر و غنای شوهر بسازد و تحمل تنگدستی را با

---

۱. در مورد تقدیم ظن حاصل از غلبه بر اصل، رک : محقق قمی، جامع الشتات، ص ۴۲۰ – او دربارهٔ سیرهٔ فقیهان در این باره می‌نویسد: «ولا یخفی علی من تتبع الفقه ان جعلهم الغلبة الغلب معیاراً فی الظهور و تقدیم ذلک علی الاصل فوق حدالاحصاء...» ، ص ۵.

۲. برای مطالعهٔ اثر ناتوانی شوهر از دادن نفقه در فقه و اختلاف در این باره، رک. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص۱۰۷ به بعد: در این کتاب آمده است که به نقل محقق، بعض از فقیهان به آیهٔ «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» (سورهٔ بقرهٔ، آیه ۲۲۹)، استناد کرده‌اند، بدین بیان که با تعذر در انفاق دیگر نگهداری زن به معروف نیست، پس بایستی رها شود- هم چنین رک. فخرالمحققین، ایضاح، ج ۳، ص ۲۴ و ۲۸۰ .

گشاده رویی بر او آسان سازد، ولی این تکلیف اخلاقی مستلزم فداکاری است. حقوق، در هیچ یک از روابط اجتماعی به جایگاه اخلاق نزدیک نمی‌شود و انتظار فداکاری ندارد. باید چنان حکم کند که تودهٔ مردم از انسانی متعارف انتظار دارند. پس، نباید زن را ناگزیر ساخت که با داشتن نیاز مالی با شوهری که نمی‌تواند هزینهٔ زندگی او را تحمل کند بسازد. ولی، قبول درخواست طلاق از زنی که توانایی مالی ادارهٔ خانواده را دارد و تنها به عنوان طلبکاری سخت کوش خواهان جدایی است، با مبانی تشکیل خانواده و اتحادی که زن و شوهر پای‌بند آن هستند منافات دارد.

بهتر این است که عجز شوهر از دادن نفقه، در صورتی که زن نیز نتواند هزینهٔ زندگی مشترک را تأمین کند، از موجبات طلاق قرار گیرد. بدین‌گونه از بسیاری فسادها جلوگیری می‌شود و در عین حال نیز زن پارسا تا ناچار نشود از این حربه برای برهم زدن کاشانهٔ خود استفاده نمی‌کند. این اصلاح، با مفاد مادهٔ ۱۱۳۰ اصلاح شده نیز سازگاری بیشتر دارد، زیرا تنها در این فرض است که عسر و حرج واقعی برای زن ایجاد می‌شود. در وضع کنونی، این پرسش را چگونه می‌توان پاسخ داد که، چرا همه کمبودهای معنوی تا به مرحلهٔ عسر و حرج نرسد و زندگی را تحمل‌ناپذیر نسازد موجب طلاق نمی‌شود، ولی کمبود مالی شوهر سبب طلاق است، هر چند که حرجی به وجود نیاورد؟

۲. غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر

۲۳۸. سبب و تاریخ طلاق:

به موجب مادهٔ ۱۰۲۹ ق.م.: «**هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت مادهٔ ۱۱۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد**». چنانکه ملاحظه می‌شود، در این فرض دادگاه شوهر را محکوم به طلاق دادن زن نمی‌کند، زیرا امکان اجرای چنین حکمی وجود ندارد. پس، می‌توان گفت: دادگاه، به عنوان ولایت از سوی غایب و مجری عدالت، زن را طلاق می‌دهد. منتها، چون طلاق عمل حقوقی تشریفاتی است که باید به صیغهٔ خاص و نزد دو مرد عادل انجام

شود[1]، وانگهی طلاق بایستی در دفتر ثبت گردد، اجرای حکم دادگاه بدین صورت انجام می‌پذیرد که نمایندهٔ دادگاه در محضر رسمی طلاق حاضر می‌شود، صیغهٔ مخصوص را نزد دو مرد عادل می‌گوید و دفتر طلاق را نیز امضا می‌کند.

با وجود این، ممکن است استدلال شود که هدف از تشریفات طلاق اثبات آن و جلوگیری از اختلاف دربارهٔ وقوع آن است. پس، در جایی که حاکم زن را طلاق می‌دهد و نظر او به صورت دادنامه به زن ابلاغ می‌شود، آن تشریفات ضرورت ندارد و محضر طلاق نیز با ثبت دادنامه مفاد آن را در شناسنامهٔ زن می‌نویسد. دادگاه، در فرضی که شوهر غایب است، به نمایندگی (ولایت) او زن را طلاق نمی‌دهد. او قاضی و دادخواه است و بر دو طرف دعوا حکومت دارد. لحن مادهٔ ۱۰۲۹ نیز این تعبیر را تأیید می‌کند، زیرا در پایان ماده می‌خوانیم که: «حاکم او را طلاق می‌دهد»، یعنی نکاح با حکم دادگاه پایان می‌پذیرد و نیازی به گفتن صیغهٔ طلاق نزد دو عادل ندارد.[2]

اثر انتخاب یکی از این دو نظر دربارهٔ تاریخ انحلال نکاح و آغاز «عده» ظاهر می‌شود، زیرا، به موجب نظری که طلاق با حکم دادگاه واقع می‌شود و نیازی به گفتن صیغهٔ طلاق و شهود ندارد، از تاریخ صدور حکم نکاح منحل می‌گردد و عده آغاز می‌شود. ولی، بر مبنای نظر نخست، حکم دادگاه مقدمهٔ طلاق و منبع الزام به انجام دادن آن است و جدایی از زمانی آغاز می‌شود که حکم اجرا گردد و نمایندهٔ دادگاه در محضر طلاق صیغهٔ خاص را در حضور شهود بگوید.

نظر نخست را که با احتیاط موافق است قانون حمایت خانواده برگزیده بود، زیرا در بند ۱٤ مادهٔ ۸ غیبت همسر در زمرهٔ مواردی می‌آمد که دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کرد و بدیهی است که این گواهی حکم طلاق نیست و تنها مقدمهٔ آن قرار می‌گیرد و نیاز به اجرای جداگانه دارد.[3]

---

۱. صاحب جواهر، ج ۳۲، ص ۲۸۹، ، خبری را از من لایحضره الفقیه نقل می‌کند بدین عبارت: «فان لم یکن للزوج ولی یطلقها الوالی، و یشهد شاهدین عدلین، فیکون طلاق الوالی طلاق الزوج...»

۲. این اختلاف در فقه نیز وجود دارد که آیا حاکم تنها به زن امر می‌کند که عده نگاه دارد یا او را طلاق می‌دهد یا به ولی شوهر امر می‌کند که زن را طلاق دهد: سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، ملحقات عروة الوثقی، جزء ۲، ص ۶۸، کتاب عده، مسألة۱۱ – شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۲، ص ۲۸۹. منشا اختلاف نیز تفاوت در مفاد اخبار مورد استناد در این باره است.

۳. شعبهٔ ۱۰۵ دادگاه مدنی خاص در حکم شمارهٔ ۳۵-۶۳/۱۱/۱۳ به زن وکالت داده است که خود را طلاق دهد، ولی به ظاهر حکم بر مبنای حرج ناشی از غیبت و بدون تشریفات مادهٔ ۱۰۲۹ ق.م .صادر شده است.

برعکس، نظر دوم که منطقی‌تر است. از ظاهر قانون مدنی برمی‌آید و، گذشته از لحن مادهٔ ۱۰۲۹، مفاد مادهٔ ۱۱۵۶ قانون مدنی نیز آن را تأیید می‌کند. در این ماده می‌خوانیم که: **«زنی که شوهر او غایب مفقودالاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد، باید از تاریخ طلاق عدهٔ وفات نگاهدارد».** عدهٔ وفات برای موردی ضروری است که قانونگذار فرض مرگ شوهر را می‌کند. بدین ترتیب، حکم دادگاه تنها جنبهٔ تأسیسی ندارد و چهرهٔ اعلامی نیز پیدا می‌کند و کاشف از موت فرضی (نه واقعی) است و نیازی به اجرای جداگانه ندارد.

۲۳۹. آیین دادرسی :

در مادهٔ ۱۰۲۹ ق.م. دیدیم که حاکم بایستی با رعایت مادهٔ ۱۰۲۳ زن را طلاق دهد. در این ماده، که ناظر به تشریفات صدور حکم فرضی است، می‌خوانیم : «... **محکمه وقتی می‌تواند حکم موت فرضی غایب را صادر نماید که در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران اعلانی در سه دفعهٔ متوالی هر کدام به فاصلهٔ یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت نماید که اگر خبر دارند به اطلاع محکمه برسانند. هرگاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود حکم موت فرضی او داده می‌شود».**

بدین ترتیب، با جمع این دو ماده، آیین دادرسی دعوا بدین شرح است: زنی که شوهر او چهار سال غایب شده است و از او خبری ندارد، باید دادخواستی به دادگاه مدنی خاص آخرین اقامتگاه غایب بدهد و دلایل مربوط به زوجیت و اقامتگاه و غیبت او را ارایه کند. دادگاه پیش از هر اقدام دیگر به این دلایل رسیدگی می‌کند وشهادت گواهان را می‌شنود و، هرگاه غیبت شوهر را در چهار سال مورد ادعا احراز کند، مراتب را در یکی از روزنامه‌های محلی و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران سه دفعهٔ متوالی، هرکدام به فاصلهٔ یک ماه، اعلام می‌کند و از کسانی که ممکن است از غایب خبری داشته باشند می‌خواهد تا به دادگاه اطلاع دهند. هرگاه یک سال از تاریخ انتشار اولین اعلان بگذرد و خبری از غایب به دست نیاید، دادگاه به درخواست خواهان حکم به طلاق صادر می‌کند.

در فقه، نظر مشهور این است که مدت چهار سال باید از تاریخ رجوع به حاکم

بگذرد[1]، ولی فیض کاشانی[2] و صاحب حدائق و سید محمد کاظم طباطبایی[3] گذشتن مدت پیش از ترافع را بنا بر ظاهر پاره‌ای از اخبار کافی دانسته‌اند.

نویسندگان قانون مدنی در مورد گذشتن مدت چهار سال نظر اخیر را پذیرفته‌اند، منتها مقرر داشته‌اند که از تاریخ نخستین اعلان دادگاه نیز یک سال بگذرد تا بدین ترتیب جمع بین عقاید گوناگون شده باشد.[4]

۲۴۰. غیبت شوهر در صورت ایجاد عسر و حرج:

آنچه گفته شد، ناظر به مواردی است که پیش از مدت چهار سال عسر و حرج و تحمل‌ناپذیری زندگی شرافت زن را تهدید نکند، و گرنه همین عنوان تازه می‌تواند مستند طلاق قرار گیرد و او را از قید زیانبار نجات بخشد.

برای مثال، هرگاه شوهری زندگی خانوادگی را ترک گوید وبه دنبال حادثه به کشور دیگر پناه برد و زن و خویشان را بی خبر گذارد، یا در مسافرتی ناپدید شود، و زن نتواند معاش خود را به وسیله‌ای فراهم سازد یا جان وشرافت خود را حفظ کند، نگهداری او در آن وضع عادلانه به نظر نمی‌رسد. در این فرض، زیر عنوان خاص «غیبت بی‌خبر» پیش از گذشتن چهار سال و انجام تشریفات آگهی و جستجوی یک ساله نمی‌توان زن را طلاق داد. ولی، به عنوان عام «عسر و حرج» می‌تواند مورد استناد قرار گیرد و زن، به منظور نجات از قیدی که زندگی را برای او دشوار و تحمل‌ناپذیر کرده است، طلاق داده شود.

این حکم نسبت به مفاد مادهٔ ۱۰۲۹ عام است و هیچ مانعی ندارد که، پیش از تحقق شرایط طلاق در صورت غیبت بی‌خبر، به دلیل احراز وضع ناگوار و بار تحمل ناپذیری که ادامهٔ زناشویی بر دوش زن نهاده است، حکم به طلاق داده شود. این درست بدان می‌ماند که سلطه بر مال دیگران شرایط «تصرف عدوانی» را نداشته باشد، ولی زیر

---

۱. سیدمحمد کاظم طباطبایی، عروة الوثقی، جزء ۲، ص ۶۸ به بعد.

۲. مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۳۵۱.

۳. همان کتاب، ص ۷۱.

۴. باید دانست که بنا بر نظر مشهور یکی از شرایط طلاق نیز این است که از مال زوج مفقود نتوان نفقهٔ زن را پرداخت و ولی او یا دیگری نیز آن را ندهد: شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۲، ص ۲۸۸ و ۲۹۳ - محقق، شرایع، کتاب طلاق - سید محمد کاظم طباطبایی، همان کتاب، ص ۶۸.

عنوان «غصب» یا «سرقت» یا «استفادهٔ بدون جهت» موضوع حکم قرار گیرد.[۱]

به بیان دیگر، تحقق شرایط مادهٔ ۱۰۲۹ در مورد غیبت شوهر این «فرض قانونی» را به وجود می‌آورد که زن دچار «عسر و حرج» شده است و قطع قید زناشویی برای جلوگیری از ضرر او احترازناپذیر است، ولی پیش‌بینی چنین فرضی مانع نیست که پیش از تحقق شرایط «فرض»، دلایل دیگری وجود عسر و حرج زن را اثبات کند.

به هر حال، رویهٔ قضایی دادگاه‌های مدنی خاص، یا دست کم بعض از شعبه‌های آن، این تحلیل را پذیرفته است؛ چنانکه در رأی شمارهٔ ۳۵-۶۳/۱۱/۱۳ شعبهٔ ۱۰۵ دادگاه عمومی مدنی خاص، زنی که شوهر او به هنگام جنگ مفقود شده است، پیش از گذشتن مدت چهار سال از تاریخ غیبت و بدون اعلان در روزنامهٔ تهران و محلی و گذشتن مهلت یک سال، طلاق داده شده است. این حکم حاوی هیچ مستندی از قوانین نیست، ولی در صورتی قابل توجیه به نظر می‌رسد که بر مبنای عسر و حرج پیش از چهار سال و به استناد مادهٔ ۱۱۳۰ صادر شده باشد. وانگهی، در متن حکم عبارتی دیده می‌شود که این استنباط را تأیید می‌کند.

در رأی شمارهٔ ۳۵ می‌خوانیم: «... و خواستهٔ خواهان نسبت به طلاق که زنی جوان است مشمول بخشنامهٔ شمارهٔ ۱۹۶۵-۶۲/۹/۲۷ خواهد بود». این توجیه می‌رساند که جوانی زن سبب صدور حکم قرار گرفته و دادگاه از فتوای سید محمد کاظم طباطبایی الهام گرفته است.

بند ۱ تبصرهٔ افزوده شده به مادهٔ ۱۱۳۰ مصوب سال ۱۳۸۱ موضوع ترک زندگی خانوادگی توسط زوج را مشروط بر اینکه حداقل شش ماه متوالی یا نه ماه متناوب بدون عذر موجه به درازا کشد، از موجبات درخواست طلاق شمرده است. ولی، باید توجه داشت که عنوان ترک زندگی خانوادگی عام‌تر از غیبت بی‌خبر شوهر است.

منتها، امری که نامتعارف به نظر می‌رسد این است که در این رأی دادگاه به زن دستور داده است که **«از تاریخ صدور حکم به مدت چهار ماه و ده روز عده نگاه دارد».**

---

۱. مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی در همین زمینه می‌نویسد :از اخبار استفاده می‌شود که هرگاه طلاق ندادن زن و نگاه داشتن او در قید زوجیت موجب شود که به طور قهری یا اختیاری در معرض فعل حرامی قرار گیرد، بهتر و شاید لازم است که به منظور جلوگیری از وقوع گناه از آن قید رها گردد و از آن نتیجه می‌گیرد «...و من هذا یمکن ان یقال فی مسألة المفقود، اذا امکن اعمال الکیفیات المذکورة من ضرب الاجل و الفحص لکن کان موجباً للوقوع فی المعصیة، یجوزالمبادرة الی طلاقها من دون ذلک» (ملحقات عروةالوثقی، ج ۲، ص ۷۶).

این مدت عدهٔ وفات است نه طلاق، در حالی که نگاه داشتن عدهٔ وفات امری است استثنایی و ویژهٔ طلاق بر مبنای غیبت چهار سال و در چنین فرضی، که دادگاه بدون رعایت تشریفات مادهٔ ۱۰۲۹ ق.م. و بر مبنای حرج ناشی از غیبت طولانی شوهر حکم به طلاق داده است، امر به نگاهداری عدهٔ وفات نادرست به نظر می‌رسد، به ویژه که در همان حکم **«دادگاه ولایه بر زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر را می‌دهد که خود را به طلاق رجعی مطلقه بنماید»** و این عبارت می‌رساند که دادگاه شوهر مفقود را مرده فرض نکرده است، و گرنه ولایت بر او و طلاق رجعی معنی نداشت.

عجیب‌تر این که، از یک‌سو، دادگاه آغاز مدت چهارماه و ده روز عده را تاریخ صدور حکم قرار داده است و، از سوی دیگر، به زوجه وکالت داده است که خود را طلاق دهد. آوردن این دو مقدمه در یک حکم مسامحه‌ای آشکار و نابخشودنی است. زیرا، بی‌گمان عدهٔ طلاق، هر اندازه که باشد، باید از تاریخ وقوع طلاق نگاه داشته شود. در حکم مورد بحث دادگاه به زن وکالت داده است که خود را طلاق دهد. این طلاق ممکن است مدت‌ها پس از صدور حکم در نزد دو مرد عادل و محضر رسمی واقع شود و نیز احتمال دارد که زن از اجرای وکالت منصرف شود و به احترام شوهر مفقود صبر کند. پس، چگونه می‌توان به زن دستور داد که از تاریخ صدور حکم، یعنی تاریخ اعطای نیابت برای طلاق، عده نگاه دارد؟

ب. عسر و حرج و مصداق‌های آن

۲٤۱. پیشینهٔ تاریخی :

قواعد حقوقی، به حکم طبیعت ویژهٔ خود، به سوی عدالت گرایش دارد. ولی، عدالت مفهومی عام و در عین حال شکننده است. گاه اجرای عدالت نوعی، که حکم نخستین موضوع است، در پاره‌ای شرایط با «انصاف» ناسازگار است و اجرای آن گران جلوه می‌کند. پس، برای تعدیل احکام نخستین حقوقی، قواعدی تمهید شده است تا جانب انصاف نیز نگاه داشته شود: مانند قاعدهٔ لاضرر که اجرای آن حکم زیانبار را از موضوع برمی‌دارد و حکم ثانوی دیگر را به جای آن می‌نهد و بدین گونه از ضرر ناروا

جلوگیری می‌کند.[1]

«نفی عسر و حرج» نیز قاعدهٔ دیگری از همین گونه است که، هر گاه مشقتی تحمل‌ناپذیر از اجرای احکام نخستین و نوعی به وجود آید، آن حکم را تعدیل می‌کند. در تأیید این قاعده گفته شده است که، به حکم عقل تکلیف در خور توان شخص است نه خارج از طاقت او، چرا که سختگیری‌های بیهوده واکنشی نامطلوب به وجود می‌آورد؛ انگیزهٔ مخالفت با قانون و مقاومت در برابر آن را تقویت می‌کند و اشخاص را به گناه و عصیان وا می‌دارد. پس، وظیفهٔ هدایت قانونگذار ایجاب می‌کند که، نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمرهٔ احکام نیاورد، به شدت و سختگیری نیز نپردازد. (قاعدهٔ لطف).[2]

با وجود این، هر دو قاعدهٔ «لاضرر» و «نفی عسر و حرج» در فقه قلمروی محدود پیدا کرده وگسترهٔ شایستهٔ خود را نیافته است. فقیهان، برای رعایت احتیاط، جز در موارد خاص، به این قواعد استناد نکرده‌اند و ترجیح داده‌اند که، به جای حکم ثانوی، همان حکم نخستین و نوعی اجرا شود. ولی، گاه نیازهای زمانه و ضرورت‌های اخلاقی سبب شده است تا از آن دایرهٔ محدود فراتر روند، احتیاط را رها کنند و به انصاف روی آورند. هر چه از تاریخ وضع قانون بگذرد و جامعه تحول بیشتری پیدا کند، ضرورت استناد به احکام ثانوی و اجرای قواعدی مانند لاضرر و «نفی عسر و حرج» بیشتر احساس می‌شود، زیرا برای خروج از بن‌بست‌ها و انعطاف و تلطیف قوانین باید چاره‌ای اندیشید و وسعت نظر داشت، و گرنه در عادلانه بودن احکام نخستین تردید به دل‌ها راه می‌یابد و به اعتبار قانون صدمه می‌رسد.

در جریان قانون‌گذاری بعد از انقلاب (۱۳۵۷) قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» در دو مورد نسبت به احکام قانون مدنی به کار گرفته شده است‌که یا در فتاوای فقیهان پیشین سابقه ندارد یا اگر نظری داده شده مهجور مانده است.

۱. در مورد اجاره، که در مادهٔ ۹ قانون ۱۳٦۲ می‌خوانیم: «**در مواردی که دادگاه تخلیهٔ ملک مورد اجاره را، به لحاظ کمبود مسکن، موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض**

---

۱. دربارهٔ مفاد و چگونگی اجرای این قاعده، رک. همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۳۳.

۲. میرفتاح، عناوین، ص ۹۰ – در فقه امامیه، آیات و اخبار متعددی برای اثبات این قاعده مورد استناد قرار گرفته است، که برای مطالعهٔ آنها، رک. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش ۲۶۵ .

با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد».[1]

۲. در مورد طلاق به درخواست زن، که در مادهٔ ۱۱۳۰ اصلاح شده (سال ٦١) آمده است: «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید: در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». اصلاح سال ۱۳۷۰ نیز همین مضمون را با اندک تغییر تکرار کرد، با این تفاوت که مصداق‌های زندگی مشقت‌بار را روشن ساخت.

در این ماده، جلوگیری از ضرر و حرج به عنوان یکی از موجبات عام طلاق به درخواست زن تلقی شده است. ریشهٔ این ماده را بایستی فتوای مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، یکی از بزرگان فقه در قرن اخیر، دانست. این دانشمند که از نظر توجه به عرف و رعایت انصاف، در میان همهٔ فقیهان بی‌مانند است، در ملحقات عروةالوثقی (ج ۲، ص ٦٨) و هنگام طرح مسألهٔ طلاق زن در مورد غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر، قاعدهٔ نفی ضرر و حرج را، در فرضی که دسترسی به حاکم نباشد و مسلمانان بایستی به جای او در این امر حسبی دخالت کنند، مورد استناد قرار می‌دهد (مسألهٔ ۱۳). همچنین، در فرضی که رعایت شرایط مربوط به طلاق فراهم نباشد، مانند این که نفقهٔ زن غایب داده شود یا حیات غایب معلوم باشد، و در مورد زندانی شدن شوهر به گونه‌ای که امکان آمدن او هیچ گاه نرود، و شوهر تنگدستی که توانایی انفاق به زن خود را ندارد، و در تمام موارد مشابه با این امور، امکان طلاق زن به وسیله حاکم را بعید نمی‌داند (مسألهٔ ۳۳).

مرحوم سید با اعتراف به این نکته که فقیهان پیش از او طلاق را در چنین مواردی مجاز نشمرده و به حدیث «الطلاق بید من اخذ بالساق» استناد کرده‌اند، در برابر این شهرت عظیم به قاعدهٔ نفی حرج و ضرر متوسل می‌شود و در تأیید نظر خود به اخباری از معصوم نیز اشاره می‌کند. فقیه روشن بین، به ویژه در موردی که زن جوان است و بایستی تمام مدت عمر را در مشقت شدید صبر کند، امکان طلاق زن را به وسیلهٔ حاکم مورد تأکید قرار می‌دهد (ص ۷۵) و، سرانجام، از مفاد اخبار چنین نتیجه می‌گیرد که،

---

۱. عقود معین، ج ۱، ش ۲٦۵.

هر جا خودداری از طلاق و باقی گذاشتن رابطهٔ زناشویی موجب قرار گرفتن اختیاری یا قهری زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام می‌شود، لازم است که برای حفظ او و احتراز از گناه حکم به طلاق داده شود (ص ٧٦).

این نظر را فقیهان پس از او دنبال نکردند: بعضی جانب احتیاط نگاه داشتند و نامی از این تحول فکری نبردند. بعض دیگر به انتقاد از آن پرداختند و امکان چنین طلاق‌هایی را بعید و مردود شمردند و، به ویژه، در موردی که طلاق زن برای احتراز از ارتکاب گناه مجاز شناخته شده است، به آن تاخته‌اند.[1] با این همه، مقاومت‌ها مانع تحول نشد و سخن تازه بر پاره‌ای دل‌ها نشست.

نویسندگان قانون مدنی در تنظیم مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ (استنکاف و عجز شوهر از دادن نفقه) و ۱۱۳۰ (عدم ایفای حقوق واجبهٔ زن، سوء معاشرت و بیماری ساری و صعب‌العلاج شوهر) از آن الهام گرفتند و نظر مشهور را، بر خلاف شیوهٔ متعارف خود، رها ساختند. یکی از استادان، با نقل مفاد نظر طباطبایی، در مورد درخواست بذل مدت از طرف زوجهٔ منقطعه، به «عسر و حرج» و لزوم نفی ضرر از چنین زنی استناد و پیشنهاد کرد که به او حق درخواست بذل مدت در قوانین داده شود.[2] سرانجام، در اصلاح سال ٦١ قانون مدنی و پس از آن در اصلاح سال ۱۳۷۰ مادهٔ ۱۱۳۰ به گونه‌ای تنظیم شد که قاعده «نفی عسر و حرج» و «لاضرر» به عنوان موجبی عام در درخواست طلاق زن در آید.

٢٤٢. ارزیابی حکم قانون و نقش رویهٔ قضایی:

چنان که اشاره شد، مفاد مادهٔ ۱۱۳۰ حکمی است انعطاف‌پذیر که بر حسب عادات و رسوم اجتماعی و اخلاق مورد احترام در جامعه و اعتقاد و شخصیت دادرس می‌تواند به شیوه‌های گوناگون تفسیر شود؛ دستاویز طلاق‌های بی مورد قرار گیرد و مانع درخواست‌های به حق گردد.

فایدهٔ مهم و انکارناپذیر چنین متن‌های عام این است که راه برای نفوذ عدالت در

---

۱. سید محسن طباطبایی حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲ ،ص ۲۱۲ ، مسألة ۱۱ سید ابوالقاسم خویی، منهاج الصالحین و تكملة المنهاج، ج ۲، ش ۳۲۸، مسألة ١٤٦٨ .

۲. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ٤، ص ٢٥٧-٢٥٥ .

قانون باز می‌ماند و دادرس می‌تواند معنایی را که با انصاف سازگار می‌بیند به آن بدهد. احکامی از این گونه، تنها هدف قانون‌گذار و مسیر کلی اجرای عدالت را معین می‌کند و به همین جهت دیرپا و ماندنی است. قابلیت آن را دارد که نیازهای تازه را بر آورد و با تحول اخلاقی و اقتصادی جامعه همگام شود. ولی، در برابر این فایده‌ها، این عیب را دارد که سلاحی است دو دم: اگر به دست نااهل افتد خطرناک و زیانبار است و هرگاه در دست اهل باشد وسیله برای حمایت از مظلوم. پرده‌ای از ابهام بر آن گسترده است که بایستی صالحان قوم بر دارند.

در چنین حالتی، رویهٔ قضایی نقشی تعیین کننده و حساس دارد و باید بی‌درنگ جاهای خالی را پر کند و ابهام‌ها را بر طرف سازد. استقرار این رویه می‌تواند از قضاوت های خصوصی و پراکنده و آمیخته با غرض جلوگیری کند و اجرای قانون را به اوصاف قاعدهٔ حقوقی بیاراید و نوعی و کلی سازد.

نویسندگان حقوقی نیز وظیفه دارند که به هدایت رویهٔ قضایی پردازند و مسیر حرکت آن را روشن سازند و به نقد و جرح آراء پردازند. تنها به همیاری منابع دیگر حقوق می‌توان از داوری‌های خصوصی کاست و قاعدهٔ انعطاف‌پذیر را محل تجلی اخلاق اجتماعی کرد.

بنابراین، پس از تحلیل متن مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. و بر مبنای شرایط احراز شده، به طرح مسایلی می‌پردازیم که زندگی زناشویی را برای زن تحمل‌ناپذیر می‌سازد و به طور معمول مستند درخواست طلاق قرار می‌گیرد یا در قباله‌ها شرط وکالت زن برای طلاق خود قرار می‌گیرد. تبصرهٔ افزوده شده در سال ۱۳۸۱ تا اندازهٔ زیادی از ابهام مادهٔ اصلی کاست و به هدایت رویهٔ قضایی کمک شایان کرد. ولی، باید توجه داشت که مصداق‌های یاد شده در این تبصره حاوی شایع‌ترین حالت‌های زندگی مشقت بار است و چهرهٔ حصرکننده ندارد؛ چنان که لحن عبارت به روشنی مفید این معنا است: «**عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامهٔ زندگی را با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل، در صورت احراز توسط دادگاه صالح، از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد**». با وجود این، قانون‌گذار، برای دفع هرگونه تردید در پایان تبصره اعلام می‌کند: «**موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواد که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود حکم طلاق صادر نماید**».

۲۴۳. شرایط اجرای مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.:

از مطالعهٔ مادهٔ ۱۱۳۰ و پیشینهٔ آن، چند شرط برای اجرای درست حکم قانون استنتاج می‌شود :

۱. سببی که زندگی زناشویی را تلخ و دشوار ساخته و برای زن مشقتی ناگوار ایجاد کرده است، بایستی هنگام طرح دعوای طلاق و صدور حکم موجود باشد: دادگاه برای آیندهٔ زناشویی تصمیم می‌گیرد و قانون‌گذار نیز مایل است زن را از قیدی که موجب حرج و ضرر شده است رها سازد. هدف دادرسی کیفر دادن شوهر به دلیل رفتار ناشایست او در گذشته نیست. طلاق وسیلهٔ مجازات نیست، ریسمان رهایی است.

بی‌گمان، خواهان به آنچه رخ داده است استناد می‌کند و،برای مثال، بدرفتاری و کاهلی شوهر را در گذشته مطرح می‌سازد. ولی، اثبات این وضع در گذشته موجب طلاق نیست ؛ نتیجه‌ای که دادگاه از این مرور در آیندهٔ زناشویی می‌گیرد دلیل طلاق است. به بیان دیگر، در دعوای طلاق، گذشته آئینهٔ آینده است و تنها به این اعتبار مورد توجه قرار می‌گیرد، و گرنه، در موردی که ثابت شود رفتار ناهنجار شوهر اصلاح شده یا تنگدستی و بیماری و گرفتاری او پایان یافته است، دادگاه حق ندارد شوهر را اجبار به طلاق کند. زیرا، در چنین فرضی، نمی‌توان ادعا کرد که «دوام زوجیت موجب عسر و حرج است».

دادگاه در موردی تصمیم به جدایی می‌گیرد که زندگی زناشویی و اتحاد خانوادگی را شکست خورده و اصلاح‌ناپذیر بیابد و قطع مادهٔ فساد را احترازناپذیر. به رویدادها و گذشتهٔ زندگی به این دیده می‌نگرد و سودای شفای بیمار را دارد. به همین جهت، در مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. طلاق وسیلهٔ جبران ضرر نیست، برای دفع ضرر و حرج در آینده است.

۲. عسر و حرج یا ضرری که برای جلوگیری از آن حکم به طلاق داده می‌شود، جنبهٔ نوعی دارد. باید در نظر عرف ادامهٔ زندگی طاقت‌فرسا و مشقت بار باشد. نازک‌دلی که به اندک ناملایم دامن صبر می‌درد، نمی‌تواند به بهانه‌های نامتعارف از شوهر درخواست طلاق کند. منتها، چون در هر دعوا وضع خاص زن وشوهر و شرایط زندگی زناشویی آنان مطرح می‌شود، باید «عسر و حرج» انسانی متعارف در آن شرایط خاص معیار قرار گیرد. بدین ترتیب، باید پذیرفت که معیار تمیز هر دو چهرهٔ نوعی و شخصی را دارد: نوعی است از این جهت که انسانی متعارف و طاقت او مورد نظر قرار

می‌گیرد؛ شخصی است بدین اعتبار که وضع «انسان متعارف» در شرایط ویژهٔ زن معیار است نه به طور نوعی.

در تأیید این استنباط می‌توان گفت، نظر به این که حقوق وسیلهٔ روانکاوی از مدعی را ندارد و نمی‌تواند به عمق ضمیر او راه یابد، ناچار بایستی به ظاهر حکم کند و داوری عرف یا انسانی متعارف را معیار داوری قرار دهد؛ آنچه بر این انسان فرضی می‌گذرد ظاهر حال مدعی است. منتها، چون شرایط ویژهٔ زندگی برای دادرس قابل احراز است، زن می‌تواند به آن شرایط استناد کند تا دادگاه انسان متعارف را در آن حال و هوا در نظر بگیرد و پیش از احاطه بر تمام حقایق قابل احراز دربارهٔ «عسر و حرج» تصمیم نگیرد. وانگهی، نکاح نهادی اجتماعی است و ناچار معیار تمیز بقا وانحلال آن نیز چهرهٔ نوعی و اجتماعی دارد که با شرایط خاص دعوا به هم می‌آمیزد.

نمونهٔ دیگر این آمیزه را در تمیز «اکراه» نیز می‌توان مشاهده کرد: در مادهٔ ۲۰۲ ق.م. آمده است:«اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در هر شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورداعمال اکراه‌آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود».[1]

نمونهٔ دیگر در تمیز «تقصیر» در مسؤولیت مدنی است که معیار آن «رفتار انسانی متعارف در شرایط خواندهٔ دعوا» قرار داده شده است (مواد ۹۵۱ ، ۹۵۲ و ۱۲۱۶ ق.م.).[2]

پس، آنچه در تمیز «عسر و حرج» زن گفته شد از روح مواد پراکنده‌ای در قانون مدنی به خوبی بر می‌آید و تنها جنبهٔ نظری و پیشنهاد ندارد.[3]

۳. زن در اثبات «عسر و حرج» خود مدعی است و باید تمام ارکان آن را در دادگاه ثابت کند. این شرط، به ویژه در جایی مفید است که زن به خودداری شوهر از انجام دادن تکالیف زناشویی یا ادارهٔ خانواده استناد می‌کند و کاهلی و بی مبالاتی را به شوهر نسبت می‌دهد.

---

۱. برای دیدن شرح مادهٔ ۲۰۲ و جمع دو معیار نوعی و شخصی، رک. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۷۲-۲۶۹.

۲. همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۱۷۴ به بعد.

۳. در تمیز «عسر و حرج» مستأجر در برابر اجرای حکم تخلیه نیز از همین ضابطه استفاده شده است: همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش ۲۶۵.

در چنین موارد، چون به طور معمول امر منفی مستند قرار می‌گیرد، ممکن است ادعا شود که مدعی انجام دادن وظایف باید دلیل بیاورد و «اصل عدم» زن را از اقامهٔ دلیل بی‌نیاز می‌کند. ولی، این ادعا با ظاهر و طبیعت زندگی زناشویی منافات دارد. فرض بر این است که این زندگی به انگیزهٔ محبت و وفاداری و اجرای تکلیف تشکیل شده است و هیچ شوهری زن خود را در شرایطی خارج از طاقت قرار نمی‌دهد و وسیلهٔ عسر و حرج او را فراهم نمی‌آورد. پس، ادعای خلاف این ظاهر و فرض عرفی نیاز به اثبات دارد.

وانگهی، گاه امر منفی با تعبیری مناسب در زمرهٔ اعمال مثبت قرار می‌گیرد. برای مثال، عدم رعایت تکلیف شوهر به وفاداری به ظاهر امر منفی است، در حالی که بی‌اعتنایی به این تکلیف ملازمه با انجام فعلی مثبت دارد که زن مدعی انجام آن است.

آنچه گفته شد ناظر به اثبات و رویدادهای موجب حرج و ضرر است: مانند عادت به زناکاری یا اهانت به زن یا اعتیادهای زیانبار. ولی، در مرحلهٔ اثبات این امر که رویدادها چه اثری در روان مدعی می‌گذارد و چه مشقتی به بار می‌آورد، زن توانایی دلیل آوردن ندارد. در این جا است که بایستی انسانی متعارف در شرایط ویژهٔ زن معیار قرار گیرد.

دربارهٔ اثر شرایط زندگی و شخصیت و وضع جسمی و روانی زن نیز داوری عرف معیار است: برای مثال، برای این‌که معلوم شود سن زن چه اثری در ایجاد مضیقه و مشقت برای او دارد، باید دید زنی متعارف در آن سنین از چه چیز می‌ترسد و تا چه اندازه از حسادت متأثر می‌شود... و مانند اینها.

۲۴٤. مصداق‌های خارجی :

چنان که گفته شد، برای هدایت رویهٔ قضایی و تلاش در راه تعیین موجبات طلاق، کافی نیست که شرایط اجرای مادهٔ ۱۱۳۰ به گونه‌ای عام استخراج شود، باید دید کدام رویدادها به طور معمول مستند طلاق قرار می‌گیرد و بر حسب داوری عرف ایجاد عسر و حرج می‌کند. این مطالعه کاوشی استقرایی است ؛بدین معنی که بایستی با ملاحظهٔ تاریخ تحول قواعد حاکم بر طلاق و آنچه در دادگاه‌ها می‌گذرد، نمونه‌های بارز ایجاد عسر و حرج را معین کرد و تمیز داد که کدام یک از اسباب پیشین در این قالب نو جا می‌گیرد.

بی‌گمان، آنچه در این زمینه گفته می‌شود، به عنوان نمونه و مثال است و جنبهٔ انحصاری ندارد. ولی، با بحث دربارهٔ همین نمونه‌ها و تحلیل شرایط هر کدام، رفته رفته شیوهٔ اجرای قاعده در مصداق‌های خارجی آن و مسیر رویهٔ قضایی روشن خواهد شد.

یکی از راه‌های کاوش، طرح دوبارهٔ موجباتی است که در ق.م. (پیش از اصلاح سال ٦١) و قوانین حمایت خانواده برای طلاق پیش بینی شده بود و ارزیابی آنها با انگارهٔ «عسر و حرج» است. بر این موارد باید غیبتی را که موجب عسر و حرج می‌شود افزود (ش ٢٤٢)، همچنین است مواردی که تبصرهٔ افزوده شده به مادهٔ ۱۱۳۰ پیش بینی کرده است.

۱. خودداری شوهر از ایفای حقوق واجبهٔ زن

٢٤٥. امتناع از انجام دادن وظایف خاص زناشویی:

در مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. پیش از اصلاح آمده بود:«حکم مادهٔ قبل در موارد ذیل نیز جاری است: ۱. در موردی که شوهر سایر حقوق واجبهٔ زن را ایفا نکند و اجبار او هم بر ایفا ممکن نباشد...». منظور از حقوق واجبهٔ زن، به قرینهٔ شق ۲ و ۳ ماده، همان گونه که بسیاری از نویسندگان گفته‌اند، ایفای وظایف خاص زناشویی است. بند ۲ مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده نیز مفاد بند ۱ مادهٔ ۱۱۳۰ را تکرار کرد. در وضع کنونی مادهٔ ۱۱۳۰ نیز می‌توان خودداری شوهر از آمیزش با زن را از مواردی دانست که احتمال دارد در شرایط خاص ایجاد عسر و حرج کند. زیرا، گذشته از نیازهای جسمی و عاطفی زن و فشار روحی ناشی از آنها، بی‌مهری و بی‌اعتنایی شوهر به زن نوعی اهانت به اوست و ادامهٔ آن زندگی زناشویی را تحمل‌ناپذیر می‌سازد و به زن حق می‌دهد که از دادگاه درخواست طلاق کند.[1]

در این مورد نیز آیین دادرسی مانند خودداری مرد از پرداختن نفقه است: زن ابتدا بایستی برای اجبار شوهر به ایفای وظایف زناشویی در آینده اقامهٔ دعوا کند، و در

---

۱. مشهور بین فقیهان است که شوهر نمی‌تواند بیش از چهار ماه زناشویی با زن خود را ترک کند : شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناضره، ج ۲۳، ص ۸۹

صورتی که حکم دادگاه اجرا نشود، دادخواست دیگری برای اجبار شوهر به طلاق تقدیم دارد. زیرا، تنها در این فرض است که می‌توان قبول کرد که دوام زناشویی موجب عسر و حرج است. خودداری شوهر در گذشته، هر چند که اهانت‌آمیز و قابل نکوهش است، تا زمانی که آیندهٔ زناشویی را به خطر نیندازد نبایستی از موجبات طلاق باشد. اجبار مقدماتی شوهر و احراز عدم امکان آن به همین منظور است تا معلوم شود که در آینده نیز عسر و حرج باقی خواهد ماند.

با وجود این، باید پذیرفت که طرح این دعوا با حرمت و کرامت زن در تعارض است و کمتر زنی حاضر به طرح چنین دعوایی است و شاید به همین دلیل در اصلاح مادهٔ ۱۱۳۰ نیامده است.

۲۴٦. ناتوانی شوهر در اثر موانع خارجی:

پرسشی که در وضع کنونی مادهٔ ۱۱۳۰ مطرح می‌شود این است که آیا ضرورتی دارد انجام ندادن وظایف زناشویی ارادی و منسوب به مرد باشد؛ یعنی او، به دلیل بی مهری یا نفرت از زن یا برای آزردن و توهین به همسر خود، از همخوابه شدن با او امتناع کند و به حکم دادگاه نیز بی اعتنا بماند یا ناتوانی او کافی است، هر چند که قهری باشد؟ در پاسخ این پرسش، جمعی از نویسندگان حکم را به مواردی هم که شوهر، به سبب بیماری و حبس و سایر حوادث قهری، توانایی انجام دادن وظایف زناشویی را ندارد، سرایت داده‌اند.[1]

این نظر از لحاظ رعایت حال زن عادلانه است[2] ولی پذیرفتن آن از جهت حقوقی، به ویژه در زمان حکومت مادهٔ ۱۱۳۰ سابق دشوار به نظر می‌رسید، زیرا موارد انحلال نکاح از امور استثنایی بود و قانون را باید در این گونه امور تفسیر محدود کرد. وانگهی، قدر مسلم از اموری که بر مبنای خودداری شوهر از انجام تکالیف زناشویی به زن حق درخواست طلاق می‌دهد، جایی است که شوهر این مضیقه را ایجاد کند و زن به حکم

---

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ٣٦ – دکتر عبدالعلی صابری صفایی، رسالهٔ مزبور، ص ٣٧-٣٦ – دکتر سیدحسین صفایی، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ١٦٨ .

۲. این نظر، با مفاد فتوایی که از سید محمدکاظم طباطبایی نقل کردیم (ش ۲۲۳) سازگار است و به احتمال زیاد از همان فتوا الهام گرفته است.

اخلاق و قانون موظف به تحمل آن نباشد.

مطابق اصول عمومی تعهدات، در هر جا که حادثهٔ خارجی مانع از اجرای تعهد گردد و دفع آن نیز از توانایی مدیون بیرون باشد، نمی‌توان انجام ندادن تعهد را به او منسوب کرد، و به همین دلیل هم چنین متعهدی از جبران خسارات ناشی از عدم انجام تعهد معاف است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.). بنابراین، نباید ادعا کرد که اگر مردی به دلیل آسیب دیدن در جنگ یا اسارت در اردوی دشمن، تا مدت‌ها نتواند با زن خود همبستر شود، به وظایف عمل نکرده است ؛ باید گفت زنی که به این دلایل از شوهر خود طلاق می‌خواهد وظایف انسانی خود را در حسن معاشرت با همسرش از یاد برده است.

در مورد ناتوانی جسمی شوهر (عنن) قانون به زن حق فسخ نکاح داده و خواهیم دید که حبس‌های طولانی را نیز باید از موارد درخواست طلاق شمرد و با این وصف مورد مهمی که این تفسیر وسیع را ایجاب کند باقی نمی‌ماند.

با وجود این، هرگاه موانع خارجی چندان به درازا کشد که زن را دچار عسر و حرج کند، دادگاه بر مبنای مادهٔ ۱۱۳۰ اصلاح شدهٔ قانون مدنی می‌تواند حکم به طلاق دهد. منتها، سبب چنین حکمی خودداری شوهر از انجام تکالیف زناشویی نیست؛ عسر و حرجی است که در نتیجهٔ حوادث خارجی برای زن ایجاد شده است. در نتیجه، احکام مربوط به خودداری شوهر در این فرض رعایت نمی‌شود.

۲. اختیار همسر دیگر از طرف شوهر

۲۴۷. اثر اذن دادگاه:

گفته شد که، بر طبق ق.م، شوهر می‌تواند با اجازهٔ دادگاه همسر دیگر بگیرد (ش ۶۹ به بعد). همچنین، دیدیم که، هرگاه شوهری بدون اذن دادگاه همسر دیگر بگیرد، تا زمانی که عدد زنان او به چهار نرسیده است، به موجب قانون کیفر می‌بیند[1] ولی نکاح او نفوذ حقوقی دارد (ش ۶۸).

تقسیم بین نکاح‌هایی که با اذن دادگاه انجام می‌گیرد و آنها که خودسرانه واقع

---

۱. این حکم نیز پس از تصمیم شورای نگهبان در مورد غیر شرعی بودن مجازات در عمل اجرا نمی‌شود.

می‌شود، هر چند که هر دو ایجاد رابطهٔ زناشویی کند، تقسیمی منطقی است. زیرا، در گروه نخست، کاری که شوهر انجام می‌دهد مشروع و در حدود قوانین است.

در این گروه، فرض این است که زیان ناشی از جلوگیری نکاح به شوهر و استواری خانواده گران‌تر از لطمه‌ای است که به همسر نخست می‌خورد. دادگاه نیز توانایی مالی مرد و امکان اجرای عدالت از طرف او را احراز می‌کند تا به زن ستمی نرسد. ولی، در گروه دوم، شوهر به حق تجاوز می‌کند، از مرز مشروع خود می‌گذرد و امکان دارد تنها مجوز کار او هوسرانی باشد. بنابراین طبیعی است گفته شود که در این گونه موارد زن می‌تواند، در مواردی که قادر نیست زندگی زناشویی را تحمل کند، از دادگاه طلاق بخواهد و خود را از دامی که شوهر خودسر برای او گسترده است برهاند.[1]

---

۱. در قانون حمایت خانواده هیچ‌گاه این ترتیب، از لحاظ حقی که زن در برابر شوهر پیدا می‌کند، رعایت نشد. در قانون ۱۳٤٦ آمده بود که، هر گاه زوج بدون رضایت زوجه همسری دیگر اختیار کند، زن می‌تواند از دادگاه طلاق بخواهد : یعنی، مبنای حقی که به زن داده می‌شود، بی‌اعتنایی به ارادهٔ اوست نه اذن دادگاه .عیب مهم انتخاب مبنای یاد شده این بود که، شوهر سعی می‌کرد برای تحصیل اذن دادگاه رضایت زن را نیز بگیرد تا از دعوای طلاق نیز مصون ماند .پس، در گرفتن چنین رضایتی، که به طور معمول کمتر زنی به رغبت می‌دهد، از تهدید به طلاق و انواع فشارهای مادی و معنوی استفاده می‌کرد.به همین جهت، انتظار آن می‌رفت که در اصلاح جدید تجاوز شوهر از قانون مبنای ایجاد حق طلاق قرار گیرد. ولی، در قانون ۱۳۵۳ به زن حق داده شد که، در صورت انتخاب همسر دیگر از طرف شوهر، هر چند که با اذن دادگاه و رضایت زن باشد، از دادگاه درخواست گواهی عدم امکان سازش کند (بند ۱۰ از مادهٔ ۸). این قاعده، از دو جهت قابل نکوهش به نظر می‌رسید: ۱) اجازهٔ نکاح مجدد تمهیدی است برای پیش‌گیری از انحلال خانواده تا شوهر ناچار به جدا شدن از همسر خود نشود.هیچ دادگاهی اذن به کار نامشروع نمی‌دهد، پس در نظر قانون‌گذار اقدام شوهر کاری است مباح و اخلاقی که ضرورتی ایجاب کرده است .ولی، دادن حق طلاق به زن نشانهٔ آن است که بر او ستمی ناروا رفته و این وضع نامطلوب او را ازالتزامی که نسبت به وفادار ماندن به پیمان زناشویی داشته است معاف می‌کند. جمع این دو مقدمهٔ متعارض در صورتی امکان دارد که قانون‌گذار مبنای تنظیم خانواده را حفظ منافع فردی زن یا شوهر قرار دهد؛ بدین‌گونه که، رعایت حق مشروع مرد ایجاب می‌کند که به او اذن نکاح مجدد داده شود و عدالت نسبت به زن نیز اقتضا دارد که او هم به نوبهٔ خود بتواند درخواست طلاق کند . ولی، این مبنا نادرست است .هدف قانون باید در مرحلهٔ نخست حفظ منافع گروه و استواری پیمان نکاح باشد. قانونگذار بایستی مصالح و مفاسد انتخاب همسر دوم را با هم بسنجد و کاری را مباح شمارد که مصلحتی بالاتر دارد.و در این مهندسی اجتماعی، حق زن و شوهر و فرزندان خانواده و اجتماع به حساب می‌آید و نتیجهٔ آن، هر چه باشد، راه حلی است که باید از جانب همه محترم داشته شود. ۲) در موردی که نکاح دوم با اذن زن انجام گرفته است، دادن حق درخواست طلاق به او زننده‌تر به نظر می‌رسد . بنا به فرض، اقدام شوهر نه تنها از نظر قانون و اخلاق مباح است، از نظر حقوق فردی نیز، رعایت خواستهٔ زن شده است. پس، چرا باید به او حق‌داد؟ اگر قانونگذار بیم از آن دارد که زن در اثر اجبار شوهر ناگزیر از توافق شود، راه چاره این است که رضای او در تصمیم دادگاه عامل نهایی به حساب نیاید یا دست کم در صورتی بتوان از آن رجوع کرد که اکراه از جانب شوهر اثبات شود . ولی، قراردادن رضایت همسر اول به عنوان دلیل اباحهٔ اختیار همسر دوم (بند ۱ مادهٔ ١٦) و دادن حق درخواست طلاق به زنی که دادگاه بر مبنای رضایت او به شوهر اذن داده است، زیبندهٔ یک قانون‌گذاری اندیشمندانه نیست(چاپ نخست).

منتها، باید دانست که در چنین مواردی، خواه از دادگاه اذن گرفته شود یا شوهر بدون اذن زن بگیرد، نکاح مجدد او از موجبات طلاق نیست ؛ عسر و حرج احتمالی که از این اقدام برای زن ایجاد می‌شود ممکن است مستند طلاق قرار گیرد. این حرج را دادگاه باید در هر دعوا احراز کند و نمی‌توان به طور کلی ادعا کرد که تعدد زواج زندگی را مشقت بار و تحمل‌ناپذیر می‌کند، چرا که پاره‌ای از زنان، به ویژه در روستاها، آن را امر طبیعی و از حقوق مرد می‌دانند و با رضا یا اکراه با آن کنار می‌آیند.

بدین ترتیب، از نظر ایجاد عسر و حرج تفاوتی بین نکاح با اذن دادگاه و زواج بدون اذن نیست، چرا که این عامل خود به خود موجب طلاق قرار نمی‌گیرد و اذن دادگاه بدین معنی نیست که حرجی برای زن ایجاد نمی‌شود یا ضرری که از این جهت متحمل می‌شود اثر حقوقی ندارد، به ویژه که در وضع کنونی تنها به امکان اجرای عدالت ظاهری شوهر و توانایی مالی او توجه می‌شود.

۲۴۸. اثر انحلال نکاح دوم:

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که تعدد زواج، اگر در زندگی زناشویی ایجاد عسر و حرج کند، به همسر نخست حق می‌دهد که از دادگاه درخواست طلاق کند، هر چند که اقدام شوهر به اذن دادگاه و با رضایت زن اول انجام گرفته باشد.

اکنون باید دید، هرگاه پیش از صدور حکم به طلاق به دلیلی نکاح دوم منحل شود، آیا حق طلاق زن نیز به تبع آن از بین می‌رود؟

ممکن است پاسخ داده شود که، هرگاه عسر و حرج ناشی از اختیار همسر دیگر، به زن حق بدهد که از دادگاه طلاق بخواهد، حق زن با ایجاد عسر و حرج به وجود می‌آید و هیچ دلیلی در دست نیست که نشان دهد انحلال نکاح دوم باعث سقوط حق می‌شود. تردید در سقوط حقی را که به یقین ایجاد شده است با استصحاب بقای آن می‌توان از بین برد وبه احتمال و گمان نباید اعتنا کرد. چنان که در مادهٔ ٤٢١ ق.م. نیز به همین شیوه رفتار شده است. در این ماده آمده است که «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود، مگر این که مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد».

ولی، این استدلال را نباید پذیرفت. زیرا، مبنای حق زن جلوگیری از ورود ضرری است که از تحمل وجود همسر دیگر شوهرش در آینده به او می‌رسد. پس، در فرضی

که این مبنا از بین رفته و نکاح دوم در اثر طلاق یا فوت منحل شده است، چرا باید بیهوده و نابجا پیوندی را، به بهانهٔ اجرای اصل استصحاب یا رعایت خواستهٔ زن، از هم گسست؟

جنبه‌های اخلاقی و اجتماعی مسائل خانوادگی بیش از معاملات اهمیت دارد. زیرا در این گونه امور شخصیت و عواطف انسان‌ها مطرح است و به همین نسبت راه حل‌ها نیز باید انسانی‌تر و انعطاف‌پذیرتر باشد. منطق عرف چنین حکم می‌کند که، وقتی موجب طلاق منتفی شد، جدایی نیز ممنوع شود و این وسیلهٔ استثنایی تنها به حکم ضرورت به کار رود.

به اضافه، در معاملات نیز باقی ماندن حقی که مبنای خود را از دست داده مسلم نیست؛ چنان که در مادهٔ ٤٨١ ق.م، با اینکه به مستأجر حق داده شده است که به علت وجود عیب در مورد اجاره عقد را فسخ کند، چنین آمده است که:«ولی، اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد».[1]

بنابراین، هرگاه پیش از صدور حکم اجبار به طلاق زن دوم بمیرد یا شوهر او را طلاق دهد، دادگاه باید از صدور آن خودداری کند.

اکنون، این پرسش مطرح می‌شود که آیا راه حل یاد شده در موردی هم که شوهر بدون اذن دادگاه همسر دیگر گرفته است ترجیح دارد یا در چنین حالتی باید حق طلاق را برای زن محفوظ دانست؟

چنان که گفته شد، از نظر آثار مربوط به دو یا چند همسری شوهر، تفاوت نمی‌کند که شوهر با اذن دادگاه زن گرفته باشد یا خودسرانه. زیرا، در هر دو حال با انحلال نکاح دوم موجب طلاق (عسر و حرج) از بین می‌رود. پس، باید دید آیا تقصیری که شوهر بدین وسیله مرتکب شده است با حیثیت خانوادگی و شؤون زن مغایرت دارد و تکرار آن را می‌توان از مصداق‌های سوء رفتار با زن دانست؟

در جامعهٔ کنونی به دشواری می‌توان ادعا کرد که زن گرفتن دوباره و بدون اذن دادگاه جرمی است که با حیثیت خانوادگی و شؤون زن مغایرت دارد. اخلاق عمومی چنین مردانی را هوسباز و سبکسر می‌داند و کار آنان را ناپسند می‌شمارد، ولی هنوز

---

۱. برای دیدن راه حلی مانند آنچه گفته شد، رجوع شود به: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش ۱۱۹.

چند همسری را تا درجهٔ بی‌حیثیتی مکروه نمی‌دارد.

برعکس، زن گرفتن شوهر، اگر چند بار تکرار شود و به صورت عادت زندگی در آید، نوعی سوء معاشرت است و ادامهٔ زندگی را برای بسیاری از زنان تحمل‌ناپذیر می‌کند. بنابراین اگر شوهری هر چند ماه یک بار به طور منقطع زن بگیرد، و همسر دایم او از دادگاه به عنوان عسر و حرج ناشی از سوء معاشرت شوهر درخواست طلاق کند، دادرس نباید انحلال نکاح را سبب بی‌حقی زن بشناسد. زیرا، در این دعوا، آنچه مبنای درخواست زن قرار می‌گیرد حرج ناشی از عادت شوهر به هوسبازی و گرفتن زنان متعدد است و انحلال نکاح دوم دلیل بر تغییر این عادت ناپسند نیست.

۲۴۹. رفع تعارض قوانین [۱] :

از آنچه تاکنون گفته شد، چنین بر می‌آید که اثر زن گرفتن مجدد شوهر در قوانین ما دوبار تغییر کرده است: در زمان حکومت قانون مدنی، زن اول نمی‌توانست به این استناد از دادگاه درخواست طلاق کند. در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴٦ این وضع تغییر کرد، زیرا به زن اجازه داده شد که، هر گاه ازدواج دوم بدون رضایت او صورت گرفته باشد، بتواند از دادگاه گواهی عدم امکان سازش بگیرد.

در قانون حمایت خانوادهٔ ۱۳۵۳، انتخاب همسر جدید از موجبات طلاق زن سابق شد، هر چند که با اذن دادگاه و رضایت او انجام گرفته باشد. پس، این پرسش مطرح گردیده که اگر نکاح دوم در زمان حکومت قانون مدنی یا در فاصلهٔ ۱۳۴٦ تا ۱۳۵۳ و با رضایت زن انجام گرفته باشد، آیا قانون ۱۳۵۳ به او حق می‌دهد که به این استناد از دادگاه طلاق بخواهد؟ آیا اجرای فوری قانون جدید بدین معنی است که تمام زنانی که شوهرشان تاکنون زن دیگر گرفته است یا از این پس دوباره ازدواج می‌کند حق پیدا می‌کنند که برای رهایی خود از قید چنین نکاحی درخواست گواهی کنند، یا عدم تأثیر قانون در گذشته ایجاب می‌کند که اثر نکاح مجدد تابع قانون روز وقوع آن باشد؟

ممکن است ادعا شود که سازمان حقوقی خانواده تابع قانون است و روابط زن و شوهر و موارد انحلال آن را قانون‌گذار اداره و معین می‌کند. بنابراین، همین که قانون

---

۱. برای ملاحظهٔ جنبه‌های دیگر تعارض قوانین در این بار، رک. ناصر کاتوزیان، تعارض قوانین در زمان، حقوق انتقالی، ش۹٦.

تغییر کند، موقعیت حقوقی آنان و قالبی که جامعه فراهم آورده است دگرگون می‌شود. زن و شوهر از شرایط محیط نو بهره می‌برند و حقوق و تکالیف تازه می‌یابند. همان گونه که شیوهٔ سلوک آن دو و اقتدار شوهر در خانواده تابع قانون جدید است، موارد انحلال نکاح را مقررات کنونی اداره می‌کند و هیچ امتیازی بین وقایع گذشته و آینده وجود ندارد.

ولی، باید دانست که در این تحلیل یکی از قواعد حاکم بر رفع تعارض قوانین فراموش شده است. بی‌گمان قانون جدید باید بی‌درنگ اجرا شود و حاکم بر روابط مردم باشد. زن و شوهر نیز در سازمانی نو قرار می‌گیرند و تابع نظام تازه می‌شوند. ولی، این اثر فوری تا جایی قابل پذیرفتن است که مستلزم تأثیر در گذشته نباشد. همهٔ دشواری‌ها از این نقطه آغاز می‌شود که چگونه باید اثر فوری قانون و عدم تأثیر آن در گذشته را جمع کرد و قاعده‌ای اندیشید که تزاحم این دو حکم از بین برود و هر کدام به جای خود محترم بماند.

قانون جدید نبایستی در گذشته اثر کند، زیرا مادهٔ ٤ قانون مدنی به صراحت آن را منع کرده است. در فرض ما، واقعه‌ای در گذشته رخ داده است که در زمان وقوع از موجبات طلاق زن نبوده است. پس، اگر قانون جدید به آن اثری تازه ببخشد، آیا گذشتهٔ خود را تغییر نداده است؟

اثر اختیار همسر تازه در نکاح سابق را نباید با روابط زن و شوهر دربارهٔ انفاق و تمکین قیاس کرد و همه را یکسان پنداشت.

به موجب بند ۱۰ از مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده، اختیار همسر دیگر از طرف شوهر، به زن حق درخواست طلاق می‌داد. این واقعه امری است که با انعقاد نکاح دوم به طور کامل تحقق می‌یابد و در زمرهٔ پدیده‌های گذشته در می‌آید و به همین دلیل نیز از نفوذ قوانین بعد از آن مصون می‌ماند. قانون جدید ناظر به آینده است و نمی‌تواند در آثار و شرایط آن تأثیر کند. ولی، نکاح بین زن و شوهر پدیده‌ای است در حال جریان، که در فرض ما در زمان قانون قدیم واقع شده است و هنوز هم ادامه دارد. پس، منطقی است که ادعا شود رابطهٔ زن و شوهر در حکومت قانون جدید قرار می‌گیرد. زیرا قانون جدید بر روابط آیندهٔ زن و شوهر حاکم می‌شود و امری را در گذشته تغییر نمی‌دهد.

به بیان دیگر، در قانون حمایت خانواده، داشتن دو همسر از موجبات طلاق نیست تا ادعا شود که این وضع در زمان قانون جدید نیز ادامه دارد. در این قانون اختیار

همسر دیگر مبنای حکم قرار گرفته است و برای تعیین آثار این واقعه بایستی به قانون زمان وقوع آن رجوع کرد.

برعکس، دربارهٔ موجباتی از طلاق که بر حسب طبیعت خود ادامه دارد، مانند عقیم بودن شوهر و بی‌عدالتی در سلوک با همسران و سوء معاشرت، کافی است که این وضع در زمان حکومت قانون کنونی موجود باشد، خواه منشأ و آغاز آن در گذشته باشد یا آینده. زیرا قانون جدید به اعتبار وجود آنها در آینده حکومت پیدا می‌کند و در گذشته اثر ندارد.

بر همین مبنا، می‌توان تعارض زمانی بین قانون حمایت خانواده و اصلاح قانون مدنی را رفع کرد: بدین بیان که، هرگاه نکاحی در زمان حکومت قانون حمایت خانواده واقع شود و شوهر پس از نسخ آن قانون زن دیگری بگیرد، چون این واقعه (نکاح مجدد) در زمانی رخ داده است که از موجبات طلاق به شمار نمی‌آمده، بی تردید بر مبنای آن زن حق طلاق پیدا نمی‌کند، مگر این که دچار «عسر وحرج» شده باشد.

همچنین است موردی که شوهر در زمان حکومت قانون حمایت خانواده نیز زن دیگر گرفته باشد، زیرا طلاق تابع زمان صدور حکم به اجبار آن است و باید بر مبنای قانون حاکم کنونی صادر شود.

بدین ترتیب، در فرض مخالف مثال یاد شده، هرگاه در حقوق کنونی رویدادی سبب ایجاد عسر و حرج شود که در زمان وقوع نکاح از موجبات طلاق به درخواست زن نبوده است، نمی‌توان بدین بهانه او را از حق طلاق محروم کرد. زیرا عسر و حرج در زمان حکومت قانون کنونی فعلیت دارد، هر چند که در گذشته آغاز شده است.

۳. بی عدالتی در سلوک با همسران

۲۵۰. مفهوم عدالت:

عدالت به معنی برابر داشتن است، فضیلتی است که به موجب آن باید به هر کس آنچه را حق اوست داد.[1] در رابطهٔ شوهر با زنان خویش نیز «عدالت» به همین مفهوم به کار رفته است. شوهر بایستی در دادن نفقه و چگونگی معاشرت با آنان چنان رفتار

---

۱. امیر ناصر کاتوزیان، فلسفهٔ حقوق، ج ۱، ش ۱۶۲.

کند که هر کدام خود را برابر با دیگران بیابد.

اجرای چنین عدالتی چندان دشوار است که بسیاری از اندیشمندان در امکان آن تردید کرده‌اند. شاید شوهر به ظاهر بتواند زندگی مادی زنان خود را برابر سازد، ولی هرگز قادر نیست آنچه را وانمود می‌کند در دل نیز بپذیرد یا محبتی را که در نگاه خود دارد یکسان عرضه سازد.[۱] به گفتهٔ ابوالفتوح رازی: «باشد که هوای کسی به یک زن باشد، آنچه در حق او خرج کند به طوع و رغبت باشد و طیبت نفس، و آنچه در حق دیگری کند چون غرامتی شناسد».[۲]

طبیعی است که تأثرهای درونی در رفتار بیرونی شخص اثر می‌گذارد، پس نباید از هیچ شوهری انتظار اجرای عدالت واقعی را داشت. تکلیف باید در حدود توانایی باشد، و اگر گفته می‌شود که شوهر باید در بین زنان خود به عدالت رفتار کند، مقصود این است که در حد انسانی متعارف در این راه بکوشد و ستمی روا ندارد. برای مثال، خانه‌ای که برای سکونت زنان خود فراهم آورده است یکسان باشد و در اقامت نزد آنان و دادن نفقه تبعیض نکند و همه را محترم بدارد.

۲۵۱. اثر بی‌عدالتی :

بی‌عدالتی شوهر در معاشرت با زنان خود چهرهٔ خاصی از سوء رفتار است که در این فرض بروز می‌کند. زیرا لازمهٔ حسن معاشرت با هر یک از زنان این است که در برابر دیگران تحقیر نشود. بنابراین بی‌عدالتی نیز، مانند سوء معاشرت و رفتار، باید مستمر و به دیدهٔ عرف تحمل‌ناپذیر باشد. به بیان دیگر، زن نمی‌تواند ستمی را که یک بار بر او شده و اکنون ادامه ندارد مبنای درخواست طلاق سازد یا به استناد نابرابری‌های ناچیزی که در نظر عرف قابل چشم پوشی است مدعی اجرا نشدن عدالت بین خود و زن دیگر شوهرش شود.

به بیان دیگر، تبعیض بین زنان خود از موجبات طلاق نیست، عسر و حرجی که به احتمال از آن به وجود می‌آید به زن حق می‌دهد تا به زندگی مشقت‌بار و ستم بیرون از

---

۲. آیهٔ کریمه که می‌فرماید: «و لن تستطیعوا ان تعدلوا بین النساء» اشاره به همین مطلب است (سورهٔ نساء، آیهٔ ۱۲۹).

۳. تفسیر ابوالفتوح، ج ۲، ص ۵ ، چاپ ۱۳۲۳ هجری قمری.

طاقت خود پایان بخشد و درخواست رهایی کند. دادگاه نیز به همین اثر می‌پردازد و برای دفع ضرر آینده شوهر را اجبار به طلاق می‌کند. پس، اگر معلوم شود که ناروایی رفتار با خواهان طلاق به گونه‌ای نیست که ادامهٔ زناشویی را آمیخته با عسر و حرج کند یا زمینهٔ رفع تبعیض در آینده از بین رفته است، موردی برای طلاق وجود ندارد.

۲۵۲. رفع تعارض قوانین :

عدم اجرای عدالت از طرف شوهری که زنان متعدد دارد از موجباتی است که برای نخستین بار در قانون ۱۳۵۳ آمده است. پس، ممکن است این پرسش به میان آید که بی‌عدالتی پیش از آن نیز می‌تواند مستند درخواست طلاق گیرد یا حکم ناظر به موردی است که نکاح دوم در زمان حکومت قانون جدید واقع شده و شوهر در سلوک با زنان خود رعایت عدالت را نکرده باشد؟

برای پاسخ دادن به این پرسش، باید به دو نکته توجه داشت:

۱. تاریخ وقوع نکاح هیچ اثری در چگونگی رفع تعارض قوانین ندارد و بی عدالتی شوهری که پیش از تصویب قانون جدید همسر دوم اختیار کرده است بدون ضمانت اجرا باقی نمی‌ماند. زیرا می‌دانیم که قانون بر آینده حکومت دارد و، هر گاه پس از تصویب قانون جدید بی‌عدالتی بین همسران ادامه یابد، مقررات تازه شامل آن می‌شود، زیرا بعد از آن روی داده است .

۲. به استناد بی‌عدالتی ناپایداری که پیش از اجرای قانون جدید انجام و قطع شده است، نمی‌توان درخواست طلاق کرد، زیرا قانون جدید نمی‌تواند به کاری که پیش از آن رخ داده است اثری عطا کند که قانون قدیم آن را نمی‌شناخته است: تبعیض بین زنان بایستی در زمان حکومت قانونی انجام شود که آن را در زمرهٔ موجبات طلاق آورده است، خواه آغاز آن در زمان قدیم باشد یا جدید.

۴. سوء معاشرت و بیماری شوهر

۲۵۳. سوء معاشرت:

سوء معاشرت شایع‌ترین سببی است که احتمال دارد زندگی زناشویی را آمیخته با

عسر و حرج کند. به همین جهت بند ۲ مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.پیش از اصلاح بر آن تکیه کرد و قانون حمایت خانواده نیز آن را از موجبات طلاق ساخت. در بند ٤ تبصرهٔ مادهٔ ۱۱۳۰ اصلاح شده نیز سوء رفتار مستمر زوج یکی از اسباب ایجاد عسر و حرج برای زوجه شناخته شده است.

دربارهٔ کارهایی که لازمهٔ حسن معاشرت زن و شوهر است توضیح لازم داده شد (ش ۱۳٦) . ولی، باید افزود که، اگر بدرفتاری شوهر چندان ادامه یابد که نتوان زشتی کار او را اتفاقی و زودگذر دانست، زن می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند.[۱]

باید توجه داشت زن و مردی که در دو خانوادهٔ مختلف پرورش یافته‌اند، خواه و ناخواه در پاره‌ای از امور اختلاف سلیقه دارند و به ویژه در سال‌های نخستین ازدواج برخوردهایی در زمینهٔ طرز معاشرت و همکاری با یکدیگر و چگونگی ادارهٔ خانواده پیدا می‌کنند، ولی دادرس بایستی در موردی پیوند زناشویی را پاره کند که سوء رفتار یکی از آنان به اندازه‌ای باشد که ادامهٔ زندگی را برای دیگری تحمل‌ناپذیر سازد (بند ٤ تبصرهٔ مادهٔ ۱۱۳۰ اصلاح شده). این تعبیر، مفهومی روشن از «عسر و حرج» به دست می‌دهد و میزان مشقتی را که منتهی به آن می‌شود معین می‌کند.

برای تشخیص سلوکی که ادامهٔ زندگی را تحمل‌ناپذیر می‌کند، باید مبنا را داوری عرف قرار داد نه خواسته‌های زن یا شوهر. بنابراین اگر زن دربارهٔ رفتاری که در عرف زشتی زیاد ندارد چندان حساس باشد که زندگی مشترک را نتواند تحمل کند، دادگاه نباید درخواست او را دربارهٔ طلاق بپذیرد. منتها، عرفی که معیار ارزیابی این گونه اعمال قرار می‌گیرد، باید متناسب با شغل و وضع خانواده و تحصیل امثال زن و شوهر

---

۱. میرزا قمی، جامع الشتات، ص ۵۲۲. میرزا در پاسخ سؤالی دربارهٔ بدرفتاری و تندخویی شوهر می‌نویسد: «...حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوهٔ او را به موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی کج‌خلقی نکند و او را اذیت نکند، پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبهٔ زوجه نفعی نکرد به حاکم شرع رجوع می‌کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم او را الزام و اجبار می‌کند بر وفای حقوق و اگر تخلف کرد تعزیر می‌کند و هرگاه زوجه راضی نمی‌شود بر تحمل نشوز زوج حاکم الزام می‌کند زوج را بر وفای حقوق یا بر طلاق دادن زوجه و هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به اینکه زوج سلوک به معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار می‌کند برطلاق و این اجبار منافی صحت طلاق نیست...» در این فتوا، در واقع حکم قرآن در این که «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» به گونه‌ای آمیخته با احتیاط اجرا شده است و می‌تواند سرمشقی برای قضات شرع در دادگاه مدنی خاص باشد.

باشد. به بیان دیگر، احساس انسانی متعارف را در آن شرایط باید در نظر گرفت.

ادعای سوء معاشرت زن از طرف شوهر، حتی اگر اثبات شود، دفاع قاطعی برای محکوم ساختن زن نیست. با وجود این، هرگاه دادگاه احراز کند که سبب اصلی نقار بین زن و شوهر بدسلوکی زن است و رفتار ناشایستهٔ او تندخویی شوهر را موجب می‌شود، می‌تواند این واقعیت را در ارزیابی موجه بودن دعوا مؤثر بداند و زن بدسگال را محکوم سازد، به ویژه، هرگاه تشخیص دهد که اقدام زن عمدی و برای فراهم آوردن موجب طلاق صورت می‌گیرد.

به هر حال، در بند ٤ تبصرهٔ مادهٔ ۱۱۳۰ «ضرب و شتم» به عنوان مصداق بارز و شایع سوء رفتار تحمل‌ناپذیر، تصریح شده است .

۲٥٤. بیماری ساری و صعب العلاج:

به موجب بند ۳ از مادهٔ ۱۱۳۰ سابق قانون مدنی: «در صورتی که به واسطهٔ امراض مسریهٔ صعب العلاج دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد» او می‌توانست از دادگاه درخواست طلاق کند. قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ نیز بیماری همسر را از موجبات مشترک طلاق قرار داد و بند ٥ مادهٔ ۸ در این باره مقرر داشت: «ابتلاء هریک از زوجین به امراض صعب العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد».

در بند ٥ تبصرهٔ مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی اصلاح شده نیز می‌خوانیم: **«ابتلاء زوج به بیماری‌های روانی یا ساری یا هر عارضهٔ صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را اخلال نماید».**

ولی، عیب مشترکی که در قانون مدنی و حمایت خانواده به چشم می‌خورد این است که در هیچ کدام وضع بیمار به حساب نیامده است. در پاره‌ای بیماری‌ها، به ویژه آنها که ریشهٔ روانی دارد، ممکن است صدور حکم به طلاق وضع بیمار را وخیم‌تر سازد و گاه موجب مرگ او شود. در چنین مواردی انصاف حکم می‌کند که خطر ناشی از زندگی مشترک برای همسر بیمار و خطر طلاق برای خود او مقایسه شود و در صورتی دادگاه با طلاق موافقت کند که برای حفظ سلامت و حیات مدعی چارهٔ دیگری نباشد. در قوانین ما اجازهٔ چنین مقایسه‌ای به دادرس داده نشده است و او همین که وضع درخواست کننده را در مخاطره بیند باید حکم به طلاق دهد، ولی رویهٔ

قضایی می‌تواند با سختگیری در مفهوم «عسر و حرج» و ملاحظهٔ تعارض آن با حرج و ضرر شوهر این انصاف را رعایت کند.

در اصلاح مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. به جای تکیه بر اسبابی که زن را دچار تنگنا و مشقت می‌کند، بر اصل صدمه به زندگی مشترک و «عسر و حرج» اشاره می‌شود و ضرورت نفی این وضع دشوار مبنای امکان درخواست طلاق قرار می‌گیرد. وانگهی، لحن بند ۵ تبصره به گونه‌ای است که بر موجبات طلاق می‌افزاید؛ چنان که جملهٔ «هر عارضهٔ صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را اخلال نماید» شامل انواع صدمه‌های بدنی می‌شود، هر چند ناشی از حادثه یا جنگ باشد و اطلاق بیماری بر آن نشود.

ولی، باید انصاف داد که این اصلاح، در مورد بیماری‌های ساری و درمان‌ناپذیر، بیشتر تغییر اصطلاح و شیوهٔ بیان است. زیرا، بیماری شوهر، در صورتی که برای زندگی مشترک خطرناک باشد، او را به طور معمول دچار عسر و حرج می‌کند.

با وجود این، دگرگونی شیوهٔ بیان قانون‌گذار دو فایدهٔ مهم نیز دارد:

۱. مفهوم عسر و حرج انعطاف بیشتری به قانون می‌بخشد و دادرس می‌تواند در مورد بیماری ساری و صعب‌العلاج شوهر نیز، به شرایط زندگی زناشویی و سن و شخصیت زن توجه کند و تنها در جایی حکم به طلاق دهد که زن به واقع دچار مشقتی بیرون از طاقت خود شود.

۲. در اجرای قاعدهٔ نفی عسر و حرج ، دادگاه می‌تواند به عسر و حرج شوهر نیز توجه کند.

۲۵۵. جنون در موردی که فسخ نکاح ممکن نیست:

در بند ٦ از مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ آمده بود، در هر مورد که به علتی برای همسر دیوانه فسخ نکاح ممکن نباشد، می‌تواند به این استناد از دادگاه گواهی عدم امکان سازش بخواهد. بدین ترتیب، در حقوق ایران در هیچ صورت شخص ناگزیر نبود که با دیوانه پیوند زناشویی داشته باشد.

ولی، باید دانست که اخلاق چنین داوری نمی‌کند. زن و شوهر باید در غم و شادی شریک باشند و این همبستگی را تا حد تحمل خود حفظ کنند. تفاوت نکاح با زندگی آزاد زن و مرد نیز در همین نکته است که تکلیف نیز با عشق در آمیزد و گاه فداکاری جانشین خودخواهی شود. حقوق نمی‌تواند انتظار از خود گذشتگی داشته باشد، ولی

زناشویی تنها یک قرارداد مدنی نیست.

در این نهاد حقوقی، اخلاق و مذهب نیز سهمی مؤثر دارد؛ چندان که نکاح را باید آمیزه‌ای از پیوندهای مذهبی و اخلاقی و حقوقی شمرد. رها کردن همسری را که دیوانه شده و بیش از هر زمان دیگر به پرستاری و همدمی نیاز دارد قانون مباح می‌داند ولی اخلاق مذمت می‌کند.

حقوق نیز بایستی تمایل خود را به این داوری اخلاقی نشان دهد و دست کم جنونی را در زمرهٔ موجبات طلاق آورد که تحمل آن در طاقت همسری متعارف نباشد.

برای مثال، اگر زن یا شوهری مبتلا به جنون شود ولی روانپزشک اطمینان دهد که بیماری عارضه‌ای زودگذر است و با شش ماه درمان به کلی از بین می‌رود، آیا نکاح در نظر عرف این حرمت را ندارد که همسر چنین بیماری را به بردباری وادار کند؟ بی‌گمان پاسخ مثبت است. زیرا، بر فرض که قانون‌گذار نیز خود را پای‌بند به سنت‌ها نبیند و تنها از اخلاق اجتماعی پیروی کند، چرا باید کاری را مجاز شمرد که از همسر وفادار و متعارف سر نمی‌زند؟

چنان که گفته شد، حقوق نمی‌تواند بسان اخلاق انتظار فداکاری داشته باشد ولی حق دارد از اشخاص بخواهد که مانند انسانی متعارف رفتار کنند.[1]

به هر حال، نسخ ضمنی قانون حمایت خانواده در این مورد و اصلاح مادهٔ ۱۱۳۰ زمینه را برای تعدیل حکم فراهم آورده است. پس، رویهٔ قضایی بایستی صدور حکم به طلاق را ویژهٔ مواردی سازد که جنون مستقر شوهر ادامهٔ زندگی را برای زن تحمل‌ناپذیر سازد. همچنین است مورد سایر بیماری‌های روانی که در عرف پزشکی و اجتماعی به جنون تعبیر نمی‌شود.

در مقام رفع عسر و حرج زن، دادگاه بایستی به نتایج نامطلوب طلاق برای شوهر نیز توجه کند و ضرر کم‌تر را برگزینند.[2]

---

۱. چنان که در مسؤولیت مدنی از اشخاص خواسته شده است که مانند انسان متعارف رفتار کنند و گرنه مقصر محسوب می‌شوند و باید ضررهای ناشی از عمل خود را جبران سازند.

۲. در مادهٔ ۲۳۸ اصلاحی قانونی مدنی فرانسه مصوب ۱۱ ژوئیهٔ ۱۹۵۷ آمده است که، از دست دادن قوای دماغی باید شش سال پیش از درخواست چنان باشد که ادامهٔ زندگی زناشویی ممکن نبوده و بر حسب متعارف نیز در آینده قابل اصلاح نباشد، و با وجود این، هرگاه طلاق در بیماری همسر اثر نامطلوب شدید داشته باشد، درخواست پذیرفته نمی‌شود.

علاوه بر اینها، مطابق قاعدهٔ کلی، در همه موجبات طلاق، جنون کامل و مستقر نیز در صورتی مبنای صدور حکم به طلاق قرار می‌گیرد که هنگام صدور آن زایل نشده باشد و دادگاه، به استناد جنون سابق، حکم به طلاق نمی‌دهد.

۵. سایر موجبات عسر و حرج

۲۵۶. رها نکردن پیشه‌ای که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت زن است:

گفته شد که شوهر می‌تواند همسر خود را از مشاغلی که مخالف با مصالح خانوادگی یا حیثیت اوست باز دارد. دربارهٔ مفهوم مصالح خانوادگی و تفاوت موقعیت زن و شوهر نیز، از نظر حقوقی و اجتماعی، توضیح لازم داده شد و تنها یادآوری می‌شود که زن نیز، به عنوان شریک در زندگی خانوادگی، در مورد بی‌آبرویی خود و فرزندانش صاحب حقی است که نمی‌توان نادیده گرفت. شوهر نیز، به دلیل تکلیفی که در حسن معاشرت با زن دارد، نباید کاری را پیشهٔ خود سازد که موجب سرافکندگی و عذاب روحی زن شود، خواه آن کار در قوانین جرم شناخته شود یا در پیشگاه اخلاق مذموم.

پس، هرگاه کار ناشایسته و مستمر شوهر زندگی زناشویی را برای زن تحمل‌ناپذیر سازد، به گونه‌ای که از طاقت زن متعارف در آن شرایط بیرون باشد، دادگاه می‌تواند به استناد آن حکم به طلاق دهد، مشروط بر اینکه اجبار او به ترک آن شغل ممکن نشود. منتها، باید دانست، همان گونه که مفهوم «اشتغال به کار یا حرفه» با استمرار و تکرار همراه است، عدم رعایت دستور دادگاه در منع از این گونه اشتغال‌ها نیز باید چنان باشد که بتوان گفت محکوم علیه هنوز هم به کار یا حرفهٔ ممنوع اشتغال دارد. ادامهٔ این تخلف نیز باید هنگام صدور حکم از طرف دادگاه احراز شود. باید احراز شود که در جریان دادرسی نیز سعی دادگاه به جایی نرسیده و خوانده از پیشهٔ ناباب دست نکشیده است[۱].

---

۱. باید افزود که، به موجب بند ۷ از مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ، «عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد» به همسر او حق می‌داد که ازدادگاه گواهی عدم امکان سازش بگیرد.

۲۵۷. محکومیت قطعی به حبس طولانی:

حبس‌های طولانی باعث درهم ریختن اساس خانواده می‌شود. همسر و فرزندان زندانی بی‌سرپرست و بی‌یاور می‌مانند و گاه نیز در تأمین معیشت خود به تنگدستی می‌افتند. در واقع، همان دلایل و ضرورت هایی که تشکیل خانواده را ایجاب می‌کند، در مورد حبس‌های طولانی طلاق را مباح می‌سازد تا خانواده تجدید سازمان کند و نهالی تازه به جای درختی آفت‌زده نشیند. شناختن حق طلاق در چنین موردی عادلانه و درست است و از بسیاری فسادها و تباهی‌ها جلوگیری می‌کند؛ چنان که پاره‌ای از فقیهان، با همهٔ احتیاطی که در این زمینه داشته‌اند، به زنی که شوهرش به حبس دایم محکوم شده است حق داده‌اند تا از حاکم درخواست طلاق کند.[1]

از مفاد مادهٔ ۱۱۳۰ چنین بر می‌آید که هیچ ضرورتی ندارد که حبس شوهر دایمی باشد. در هر مورد که زندانی شدن شوهر چندان به درازا کشد که ادامهٔ زندگی برای زن تحمل‌ناپذیر شود و، به ویژه در جایی که بیم انحراف و گناه می‌رود، دادگاه می‌تواند شوهر را اجبار به طلاق کند. منتها، دادگاه بایستی میان جرایم عمدی و خفت‌بار با جرم غیرعمدی تفاوت گذارد و داوری اخلاق و انصاف را در نظر بگیرد. بند ۳ تبصرهٔ مادهٔ۱۱۳۰، بدون توجه به کیفیت و دلیل زندانی شدن، محکومیت زوج به حبس پنج سال یا بیشتر را از مصادیق عسر و حرج قرار داده است.[2]

این حکم از جهات گوناگون قابل انتقاد به نظر می رسد:

۱) مدت پنج سال حبس، برای اینکه مستند انحلال خانواده قرار گیرد، بسیار کوتاه است. با وضعی که قوانین مربوط به عفو و بخشودگی و آزادی مشروط و معافیت از جزای نقدی در حقوق ما دارد، مجرمی که به پنج سال زندان محکوم شده است، به‌طور معمول یکی دو سال زودتر از زندان آزاد می شود. فرض هم این است که جرم با حیثیت خانوادگی و شؤون همسر زندانی مخالفت ندارد، زیرا این گونه محکومیت ها گذشته از مدت آن می‌تواند مستند طلاق قرار گیرد. پس، آیا معقول است که برای چنین حادثهٔ زودگذری خانواده قابل انحلال شود؟ و آیا همسری که پیمان اتحاد همیشگی با زندانی دارد و بر عهده گرفته است تا در غم و شادی

---

۱. سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروةالوثقی، ج ۲، کتاب عده، مسألهٔ ۳۳، ص ۷۵.

۲. قانون حمایت خانواده نیز، پنج سال زندانی شدن را برای صدور گواهی عدم امکان سازش کافی می‌دانست و اهمیت و احترام نکاح را رعایت نمی‌کرد .در بند ۸ از مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده، و در زمرهٔ مواردی که زن یا شوهر می‌تواند از دادگاه طلاق بخواهد، چنین آمده بود: «محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد».

شریک او باشد، نبایستی گرفتاری او را، که ممکن است ناشی از یک حادثهٔ رانندگی باشد، تحمل کند؟

۲) با اطلاق بند ۳ تبصره، تا واپسین روز زندانی همسر، دادگاه می‌تواند حکم به طلاق دهد. در حالی که، انحلال خانواده آخرین درمانی است که برای جبران سرگشتگی در آیندهٔ اعضای آن تجویز می شود. طلاقی را که چند ماه پیش از آزادی زندانی از دادگاه می‌خواهند، به منظور سامان بخشیدن به گرفتاری ناشی از زندان نیست. هدف دیگر و مبنای پنهانی خاص دارد، وسیله‌ای است تا همسر فرصت طلب دوباره در قید زندگی زناشویی نیفتد، وگرنه هیچ دردی را برای آینده از بین نمی‌برد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود، رویهٔ قضایی طلاق را محدود به موردی سازد که دست کم پنج سال از مدت زندانی شوهر باقی باشد.

۲۵۸. اعتیاد مضری که ادامهٔ زندگی زناشویی را تحمل‌ناپذیر می‌سازد:

در بند ۹ مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده، در زمرهٔ مواردی که می‌توان از دادگاه درخواست گواهی عدم امکان سازش کرد، چنین آمده بود: «ابتلا به هر گونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامهٔ زندگی زناشویی را غیر ممکن سازد». مفاد این ماده هم اکنون نیز در سایهٔ مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. می‌تواند الهام بخش دادرسی‌ها قرار بگیرد. به موجب این‌ماده، اعتیادی مستند درخواست طلاق قرار می‌گیرد که دارای چهار شرط باشد:

۱. مضر باشد: بسیاری از عادت‌ها، از نظر مادی یا معنوی، زیان‌هایی به بار می‌آورد. ولی، مقصود از «اعتیاد مضر» عادت هایی است که زیان‌های فاحش به دنبال دارد و انسان را به تباهی می‌کشاند. مانند اعتیاد به مواد مخدر یا نوشابه‌های الکلی و قمار. تمیز این‌گونه اعتیادها با عرف است؛ چنان که هیچ کس عادت به رانندگی با سرعت یا کشیدن سیگار را، با این که خطرهای زیادی ایجاد می‌کند، در زمرهٔ اعتیاد به مواد مخدر و الکل نمی‌آورد. بند ۲ از تبصرهٔ الحاق شده به مادهٔ ۱۱۳۰، ابتلاء زوج به یکی از انواع مواد مخدر و مشروبات الکلی را در زمرهٔ اعتیادهای مضر آورده است .

۲. به اساس زندگی خانوادگی خلل آورد: یعنی، همبستگی اعضای خانواده را از بین ببرد و زن یا شوهر را از انجام تکالیف خود بازدارد. پس، اگر اعتیاد مضری همسر معتاد را چنان آلوده نکرده باشد که بتوان گفت به روابط او با سایر اعضای خانواده صدمه رسانده است، بر مبنای چنین اعتیادی نمی‌توان حکم به اجبار شوهر به طلاق صادر

کرد.

۳. ادامهٔ زندگی زناشویی را غیر ممکن سازد: مقصود از غیرممکن ساختن ادامهٔ زندگی زناشویی این است که رفتار معتاد برای همسر او تحمل‌ناپذیر شود، و گرنه، در هیچ صورتی نمی‌توان ادعا کرد که ادامهٔ نکاح غیرممکن است. این شرط باعث می‌شود که زیان‌بار بودن و صدمه بر اساس زندگی خانوادگی به تنهایی برای درخواست طلاق کافی نباشد.

به بیان دیگر، درجهٔ تأثیر اعتیاد مضر بر اساس زندگی خانوادگی باید به اندازه‌ای باشد که، در نظر عرف و با توجه به موقعیت دو طرف، ادامهٔ این زندگی برای درخواست کنندهٔ طلاق تحمل‌ناپذیر شود. به همین جهت، باید گفت، آنچه در واقع موجب طلاق قرار می‌گیرد تحمل ناپذیری ادامهٔ زندگی زناشویی است که در نتیجهٔ مضر بودن اعتیاد و صدمه به اساس خانواده ایجاد شده است .

٤. «امتناع یا عدم امکان الزام شوهر به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک به مصرف مواد مذکور روی آورد».

اشاره به این نکته نیز بی فایده نیست که شرایط یاد شده باید هنگام تصمیم دادگاه جمع باشد و به استناد اعتیاد گذشتهٔ شوهر نمی‌توان حکم به طلاق داد.

۲۵۹. ترک زندگی خانوادگی:

ترک زندگی خانوادگی برای نخستین بار در قانون حمایت خانوادهٔ ١٣٤٦ از موجبات طلاق قرار گرفت و در قانون ۱۳۵۳ تکرار شد. در قانون مدنی، چهار سال غیبت شوهر به زن حق می‌دهد که از دادگاه طلاق بخواهد (مادهٔ ۱۰۲۹)، ولی ترک زندگی خانوادگی عنوانی مستقل نداشت. به همین جهت، نخستین پرسشی که به ذهن می‌رسید این بود که دو مفهوم «غیبت» و «ترک زندگی خانوادگی» چه تفاوت دارد؟ تذکر این تفاوت در وضع کنونی قانون مدنی نیز مفید است و به اجرای درست قانون کمک می‌کند.

غیبت زمانی تحقق می‌یابد که همسری، به عمد یا در نتیجهٔ حوادث قهری، از خانواده دور بماند و از او هیچ گونه خبری در دست نباشد. آوردن صفت «مفقود الاثر» بعد از غیبت نشانهٔ آن است که دور بودن از خانواده به تنهایی موجب طلاق نیست و

عنصر اصلی آن بی خبر ماندن کسان غایب از احوال او است. ولی، ترک زندگی خانوادگی، ناظر به موردی است که همسری به عمد زندگی مشترک با همسر و فرزندان را رها سازد، خواه از او خبری در دست نباشد یا چنان به سر برد که هر روز نیز اعضای خانواده او را ببینند.

بنابراین، اگر کسی در اثر حوادث قهری، مانند جنگ و هواپیماربایی و تبعید، از خانواده اش دور بماند، نمی‌توان گفت خانواده را ترک گفته است. همچنین، هرگاه همسری برای تجارت یا درمان مدتی به مسافرت رود و غیبت او چندان به درازا نکشد که بتوان گفت زندگی خانوادگی را فدای اغراض دیگر کرده است، موجبی برای طلاق به وجود نمی‌آید.

از اینها گذشته، شغل و موقعیت اجتماعی و سن طرفین نیز در تحقق عنوان «ترک زندگی خانواده» اثر دارد. به همین جهت، به طور معمول چگونگی ترک خانواده به نظر دادرس واگذار می‌شود تا با ملاحظهٔ تمام اوضاع و احوال و شرایط خاص هر دعوا داوری کند. ولی در بند ۱ تبصرهٔ مادهٔ ۱۱۳۰ حداقل مدت را شش ماه متوالی یا نه ماه متناوب در مدت یک سال قرار داده است.

پس از این مقدمه، در وضع کنونی قانون مدنی، باید به این دو مسأله توجه کرد:

۱. در واقع، نتیجهٔ ترک زندگی خانوادگی، یعنی عسر و حرج زن، موجب طلاق است و رعایت آن با حکم مندرج در مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م، سازگار و یکی از مصداق‌های اجرای قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» است.[۱]

۲. گاه هر دو عنوان «غیبت» و «ترک زندگی خانوادگی» بر وضع همسری که از خانواده دور مانده است صدق می‌کند. برای مثال، شوهری به قصد زندگی با زن دیگر خانواده‌اش را رها می‌سازد و به مسافرت می‌رود و مدت‌ها نیز از او خبری به دست نمی‌آید. در چنین موردی، باید دید آیا طلاق همسر او تابع قواعد درخواست طلاق از غایب مفقودالاثر است یا مشمول عنوان ترک زندگی خانوادگی؟

---

۱. دیوان کشور فرانسه، در رأی مورخ دوم مه ۱۹۶۳ ، حکم دادگاهی را تأیید کرده است که به موجب آن، طلاق بر مبنای خطای متقابل زن و شوهر و تحمل‌ناپذیر بودن زندگی زناشویی پذیرفته شده است در این رابطه، شوهر در اثر بدسلوکی زن ناگزیر بوده است که غذای خود را در رستوران صرف کند و در اتاقی جداگانه بخوابد. دادگاه این رفتار را توهین شدید و تجاوز مکرر از تکالیف ناشی از نکاح تلقی کرده و بر همین پایه حکم طلاق صادر کرده است (نقل از: حسنعلی درودیان، همان رساله، ش ۱۳).

به نظر می‌رسد که اجرای تشریفات مربوط به غایب مفقودالاثر در موردی لازم است که غیبت شوهر مشمول عنوان دیگری، از جمله ترک زندگی خانوادگی و سوء رفتار، نشود و با توجه به عناصر ارادی رفتار غایب مقدم بر خود غیبت است. بنابراین، در مثال یاد شده، زن می‌تواند هریک از دو عنوان را که ساده‌تر می‌بیند انتخاب کند: در صورتی که عنوان غیبت انتخاب شود، اجرای تشریفات اعلان و مدت صبر، زن را از اثبات عسر و حرج بی نیاز می‌کند. ولی، در مورد عنوان ترک زندگی خانوادگی، اثبات عسر و حرج که سبب واقعی طلاق است، باید احراز شود. به اضافه، بر طبق بند ۱ تبصره، ترک زندگی خانوادگی در صورتی از موجبات طلاق قرار می‌گیرد که موجه نباشد غیبت‌های اضطراری و ناخواسته یا مبتنی بر مصلحت مشروع را باید موجه شمرد.

۲۶۰. ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شؤون طرف دیگر است:

تمیز این گونه جرایم جنبهٔ نوعی و کلی ندارد. برای مثال، نمی‌توان گفت همهٔ جنایت‌ها با حیثیت خانوادگی و شؤون همسر مجرم مغایر است زیرا کیفر آن جنبهٔ ترذیلی دارد. دادگاه دربارهٔ کیفر جرم حکم نمی‌دهد؛ نسبت به انحلال خانوادهٔ معین تصمیم می‌گیرد و درجهٔ اثری را که ارتکاب جرم در حیثیت خانوادگی و شؤون همسر دارد بازرسی می‌کند. بنابراین، داوری او بستگی به اوضاع و احوال و موقع طرفین دارد.

در این گونه جرایم نیز، در صورتی دادگاه حکم طلاق صادر می‌کند که مرتکب به موجب حکم قطعی محکوم شده باشد، هر چند که میزان آن کمتر از پنج سال باشد. همچنین، رویهٔ قضایی باید به مفاد مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. توجه کند و در صورتی طلاق را جایز شمرد که جرم باعث سرشکستگی همسر مجرم در جامعه شود و در نظر عرف تحمل چنین وضعی برای او دشوار و مشقت بار باشد.

رویهٔ قضایی باید معیار عرفی و شخصی را با هم درآمیزد و برای جمع آنها باید گفت، مقصود این است که، در عرف کسانی که در وضع و موقع زن و شوهر هستند، آیا جرم با حیثیت آنان و شؤون خانوادگی منافات دارد و باعث خفتی تحمل‌ناپذیر می‌شود یا قابل چشم پوشی است. بدین ترتیب داوری دادگاه در باب از بین رفتن

حیثیت و شؤون خانوادگی، برخلاف آنچه در باب درجهٔ جرم گفته شد، جنبهٔ نوعی و عرفی دارد و معیار این رسیدگی قضاوت عمومی دربارهٔ زن وشوهر است نه درجهٔ حساسیتی که آنان در برابر جرم دارند.

به هر حال، هرگاه در مقام رسیدگی به چنین دعوایی دادگاه بتواند موفق به اصلاح زوجین شود، دیگر درخواست کننده نمی‌تواند به استناد وقوع همان جرم از دادگاه تقاضای طلاق کند. زیرا، توافق دربارهٔ ادامهٔ زندگی زناشویی به طور ضمنی حاوی اسقاط حق درخواست طلاق از آن بابت نیز هست. حتی می‌توان گفت، هرگاه بعد از وقوع جرم همسر او چنان رفتاری کند که عرف از آن ارادهٔ چشم پوشی از خطای مجرم و ادامهٔ زندگی با او را بفهمد، دیگر درخواست طلاق بر مبنای ارتکاب همان جرم امکان ندارد.[1]

برعکس، عفو مجرم و پایان یافتن مدت زندان او هنگام درخواست طلاق اثری در قبول آن ندارد، زیرا شرمساری تحمل‌ناپذیر همسر را از بین نمی‌برد.[2]

۲۶۱. عقیم بودن و سایر عوارضی که مانع از توالد و تناسل شود:

گفته شد که توالد و تناسل مهم‌ترین هدف نکاح است و پیمان زناشویی بدین سبب لازم آمده که پدر و مادر (وبه ویژه پدر) مکلف به نگاهداری و تربیت فرزندان خود شوند.[3] بنابراین، موانعی که در این راه به وجود می‌آید، در غالب موارد، نکاح را بیهوده می‌سازد و زندگی زناشویی را بی هدف و تحمل‌ناپذیر می‌سازد.

همین که هیجان نخستین ماه‌های ازدواج گذشت، نوع مردم در جستجوی آنند که برای پیوند خود اثری پایدارتر از عشق به وجود آورند و آرمان جاودانه ماندن را به گونه‌ای در فرزندان خویش محقق سازند. این تمایل طبیعی راز بقای نوع بشر و از ارکان سرشت اوست؛ نه با قبول بچه‌های این و آن ارضا می‌شود و نه با سرگرمی‌های دیگر می‌توان از آن منصرف شد. پس، اگر قانونگذار نومیدی از بچه‌دار شدن را از موجبات طلاق شمارد، در واقع به یکی از عالی‌ترین عواطف انسانی احترام گذارده

---

۱. مادهٔ ۲٤٤ اصلاحی قانون مدنی فرانسه در سال ۱۹۷۵ .

۲. ابری و رو، ج ۷ به وسیلهٔ اسمن، ش ۱٤۱.

۳. قرائت و تمرین، ش ۱.

است.[۱]

با وجود این، نباید چنین پنداشت که عقیم بودن به خودی خود بهانهٔ جدا شدن از همسر است: برای مثال، اگر زنی به دلیل کهولت یا بیماری نتواند صاحب فرزند شود، چگونه می‌توان عقیم بودن شوهر او را از موجبات طلاق شمرد؟ عقیم بودن شوهر یا خودداری عمدی او از باردار شدن زن، در صورتی موجب طلاق است که تنها عامل بچه دار نشدن زن و شوهر باشد، و گرنه، مبنای حقوقی و اخلاقی خود را از دست می‌دهد. همچنین، عقیم ماندن در صورتی می‌تواند موجبی برای طلاق باشد که برای زن ایجاد عسر و حرج کند. به بیان دیگر، عقیم ماندن در زمرهٔ موجبات طلاق نیست؛ عسر و حرج ناشی از آن موجب طلاق است ؛ عسروحرجی که به طور معمول ایجاد می‌شود.

بهتر این است‌که عقیم بودن و سایر موانع بچه‌دار شدن در صورتی موجب طلاق قرار گیرد که همسر جاهل بدان باشد و پس از دانستن حقیقت نیز در مهلت متعارفی از آن استفاده کند. زیرا، تنها در این صورت است که حرمان از بچه دار شدن به عنوان امری ناخواسته بر آنان تحمیل می‌شود و می‌توان ادعا کرد که از شرط ضمنی و مبنای توافق طرفین تخلف شده است، و گرنه، کسی که به همسری مردی عقیم رضایت می‌دهد، در واقع از ابتدا جواز طلاق را به دست دارد و می‌تواند هرگاه بخواهد آن را به کار برد.[۲]

پاره‌ای از عوارض و خصوصیت‌های جسمی که مانع از فرزنددار شدن است در شمار عیوب شوهر نیز آمده است: مانند خصاء و عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی. پس،

---

۱. دادگاه سن در رأی ۱۲ نوامبر ۱۹٤۸، بچه‌دار شدن را یکی از هدف‌های اصلی ازدواج اعلام کرده است. این دادگاه می‌نویسد: رفتار شوهری که به عمد از بچه‌دار شدن خودداری می‌کند، زن را از امیدهای مشروع مادر شدن محروم می‌سازد و این توهین حفظ رابطهٔ زناشویی را تحمل‌ناپذیر می‌کند (نقل از: درودیان، همان رساله، ش ٤-۵۳، ص ٤۵.

۲. عقیم بودن حالت کسی است که نمی‌تواند بچه‌دار شود، هر چند که از نظر جنسی یا اندام تناسلی متعارف و سالم باشد .دانش کنونی در موارد بسیار این عارضه را درمان‌پذیر ساخته است . عوارض و خصوصیات جسمی دیگر نیز مانع از بچه‌دار شدن زن و شوهر از یکدیگر می‌شود :مانند قرن در زن یا مقطوع بودن آلت تناسلی مرد . گاه نیز زن و شوهر هردو طبیعی و سالم هستند و می‌توانند در اثر آمیزش با دیگران صاحب فرزند شوند، ولی در نتیجهٔ تضاد ترکیب خونی آنان فرزندشان نمی‌تواند زنده بماند. این حالت نیز در حکم موردی است که زن و شوهر بچه‌دار نمی‌شوند. زیرا، مقصود از بچه دار شدن، به دنیا آوردن فرزندی است که قابلیت زنده ماندن را داشته باشد.

این پرسش مطرح می‌شود که در این گونه امور آیا زن زیان دیده حق دارد از هر دو راه فسخ و طلاق برای انحلال نکاح استفاده کند؟

پاسخ این است که بین احکام مربوط به فسخ نکاح و امکان درخواست طلاق تعارضی وجود ندارد. زیرا، با این که فسخ نکاح و طلاق دو نهاد حقوقی جداگانه با آثار و تشریفات متفاوت است، مانعی ندارد که قانون‌گذار شرط خاصّی را مبنای ایجاد دو حق گوناگون سازد.

بدین‌ترتیب، زنی که به موقع از حق فسخ خود استفاده نکرده است(مادهٔ ۱۱۳۱ ق.م.) و اکنون از عقیم بودن شوهر رنج می‌برد می‌تواند از حق درخواست طلاق استفاده کند.

۲۶۲. اثر جلوگیری از بچه دار شدن:

در صورتی که زن وشوهر دربارهٔ بچه‌دار شدن به توافق نرسند و یکی از آن دو مانع از توالد شود، از نظر نتیجه مانند موردی است که عقیم بودن یا نقص جسمی همسر امکان بچه‌دار شدن را از بین ببرد. به همین جهت، ممکن است ادعا شود که در این فرض نیز باید به همسری که، در نتیجهٔ امتناع طرف خود، از بچه‌دار شدن محروم مانده و به عسر و حرج افتاده است حق طلاق داد.

در انتقاد از این نظر می‌توان گفت:[1] موجبات طلاق از امور استثنایی و حصری است و نباید موارد آن را به وسیلهٔ قیاس توسعه داد. مبنای مشروع بودن قیاس در این نکته خلاصه می‌شود که، هرگاه استنباط حقوقدانان از اصول کلی حقوقی و نهادهای اجتماعی این باشد که قانونگذار، در مقام اجرای قاعدهٔ کلی در یکی از روابط اجتماعی، حکم خاصی را بیان کرده است، باید این حکم را در موارد مشابه اجرا کند. پس، جایی که قانون‌گذار، به عنوان استثنا بر قاعدهٔ انحلال ناپذیری نکاح، موجبات طلاق را می‌شمارد، باید از قیاس پرهیز کرد و امتناع از بچه‌دار شدن را به خودی خود در زمرهٔ موجبات طلاق نیاورد.

این انتقاد در جایی که موجبات طلاق، به عنوان امری استثنایی، شماره شده است، وارد به نظر می‌رسد. ولی، در وضع کنونی، که عسر و حرج زن به طور کلی سبب طلاق است، موردی ندارد. زیرا، هر عاملی که ادامهٔ زندگی را دشوار و طاقت‌فرسا کند

---

۱. چاپ اول همین کتاب، ش. ۲۳٤

می‌تواند موجب طلاق قرار گیرد. پس، دادگاه در دعوای طلاق پای‌بند به مورد خاص نیست و تنها باید احراز کند که آیا رویداد مورد استناد زندگی را برای زنی متعارف تحمل‌ناپذیر می‌کند یا به مسامحه می‌توان از آن صرف نظر کرد.

خودداری از بچه‌دار شدن و بی‌اعتنایی به شوق مادری زن گاه نوعی سوء رفتار است و با تکلیف مرد به حسن معاشرت منافات دارد.[1]

برای مثال، هرگاه شوهری به بهانه‌های نامشروع یا به قصد آزار همسر خود از بچه‌دار شدن امتناع ورزد، می‌توان این اقدام را نوعی سوء رفتار به شمار آورد: فرض کنیم، دختری شوهر می‌کند و پس از چندی بیمار می‌شود و پزشک درمان او را در بچه دار شدن می‌بیند. از نظر عاطفی نیز دخترک خواستار مادر شدن است و از بیهوده ماندن رنج می‌برد. شوهر به این وضع بی‌اعتنا می‌ماند و به این بهانه که کودک آرامش زندگی او را برهم می‌زند در امتناع از بچه‌دار شدن اصرار می‌ورزد. آیا در چنین وضعی دادرس نمی‌تواند رفتار شوهر را از نظر اخلاقی ناپسند و مذموم شمارد و به زنی که ادامهٔ زندگی زناشویی را تحمل‌ناپذیر می‌بیند حق درخواست طلاق دهد؟

منتها، تصمیم به جدایی همیشه به عنوان آخرین دارو به کار می‌رود و در صورتی مجاز است که الزام شوهر به باردار کردن زن مؤثر نیفتد و ادامهٔ زندگی همراه با مشقتی تحمل ناپذیر شود. در این صورت است که باید گفت، حال که امساک زن به معروف امکان ندارد، چاره‌ای جز آزاد کردن او به احسان باقی نمی‌ماند.

گفتار سوم : طلاق به توافق

۲۶۳. پیشینهٔ تاریخی:

به موجب بند اول مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده، توافق زن وشوهر برای طلاق یکی از موجباتی بود که بر مبنای آن می‌توان از دادگاه درخواست گواهی عدم امکان سازش کرد. این حکم تازگی نداشت. قانون ۱۳٤٦ نیز آن را اجازه داده بود و در حقوق اروپایی سابقهٔ طولانی داشت.[2]

---

۱. دادگاه سن، رأی ۱۲ نوامبر ۱۹٤۸ نقل شده در ش ۲٤۳ – دادگاه پاریس، رأی ۲۷ اکتبر ۱۹۵۹: دالوز، ۱۹٦۰، ص ۱٤٤ – دادگاه کان، ۲٦ دسامبر ۱۸۹۹: دالوز ۱۹۰۰ ، ۲، ۲۰٦ (نقل: از درودیان، همان رساله، ص٤۵).

۲. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱٤۱٦ .

این نهاد حقوقی در کشور ما به سادگی پذیرفته شد، زیرا به موجب قانون مدنی شوهر می‌تواند هر گاه بخواهد زن خود را طلاق دهد ودر حقوق اسلامی نیز تنها شوهر در این باره تصمیم می‌گیرد. پس، در موردی که زن و شوهر دربارهٔ لزوم طلاق به توافق می‌رسند، سنت‌های اخلاقی و مذهبی مانعی برای جدایی آنان ایجاد نمی‌کند.

برعکس، در جوامع کاتولیک، که طلاق به عنوان امری نادر و استثنایی پذیرفته می‌شود، طلاقی را که موجب آن تنها رضای زوجین باشد به دشواری تحمل می‌کنند؛ چنان که تا سال ۱۹۷٦ فرانسویان هنوز آن را نپذیرفته بودند و قانون مدنی ۱۸۰٤ را نیز که به اصرار ناپلئون چنین طلاقی را پیش بینی کرده بود در ۱۸۸۰ تغییر دادند.[1]

باید انصاف داد که مساعی قانون‌گذار در محدود کردن موجبات طلاق زمانی مؤثر است که یکی از دو همسر خواهان حفظ پیوند زناشویی باشد و در دادرسی نسبت به پذیرش درخواست طرف خود مقاومت کند. ولی، جایی که نامهربانی دوسره است و زن وشوهر به این نتیجه رسیده‌اند که نباید با هم به‌سربرند، منع قانون‌گذار سدی در راه اجرای خواستهٔ آنان ایجاد نمی‌کند. زیرا، چنان‌که گفته شد، یکی از آنان می‌تواند موجبی را که در قانون برای طلاق پیش‌بینی شده است (مانند سوءرفتار) به دیگری نسبت دهد و طرف مقابل نیز آن را بپذیرد. بنابراین، نپذیرفتن درخواست مشترک زن و شوهر فایده‌ای در باقی نگاه داشتن خانواده ندارد و فقط آنان را به حیله و تقلب وادار می‌سازد.

به اضافه، در بیشتر مواردی که زن و شوهر به اتفاق خواهان طلاق می‌شوند، موجب پنهانی و مشروع دیگری باعث این نتیجه شده است. در واقع، زن و شوهر عاقل و پرده‌پوش نمی‌خواهند اسرار خانوادگی را در مرجع عمومی مطرح سازند و کسان و فرزندان خویش را نیز شرمسار سازند. پس، قانون‌گذار بایستی این شیوهٔ اخلاقی را ممنوع نسازد و به دادگاه اجازه دهد که پس از نومید شدن از اصلاح بین زوجین امر به طلاق دهد.[2]

---

۱. همان کتاب، قانون ۱۱ ژوئیهٔ ۱۹۷۵ در اصلاح مواد ۲۲۹ به بعد قانون مدنی فرانسه که از اول ژانویهٔ ۱۹۷۷ قابل اجرا است (ویل، متمم، ج۲، ش ۳۵۵ و ۳۵٦).

۲. برخلاف آنچه پیش بینی می‌شد، پذیرفته شدن طلاقی که بر مبنای توافق زن و شوهر انجام می‌شود، در فرانسه باعث بالا رفتن آمار طلاق نگردید. بر طبق گزارشی که آلن بنابان Alain Benabant استاد حقوق مدنی در دانشگاه پاریس داده است، از اول ژانویهٔ ۱۹۷٦ که قانون جدید اجرا شده است، چهل درصد از مجموع طلاق‌ها در فرانسه به این استناد انجام می‌شود و با وجود این بر تعداد مجموع آنها افزوده نشده است (نقل از روزنامهٔ لوموند، ۱۲-۱۳ سپتامبر ۱۹۷٦ ، ص ٦).

قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ نیز چنین کرده بود و لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص همین مبنای اجتماعی را دارد. منتها، در قانون حمایت خانواده، دادگاه بایستی راساً یا به وسیلهٔ داوران سعی در اصلاح بین زن و شوهر می‌کرد و، هرگاه به نتیجهٔ مطلوب نمی‌رسید، گواهی عدم امکان سازش می‌داد، ولی در لایحهٔ دادگاه مدنی خاص این تکلیف نیز وجود ندارد و زن وشوهر می‌توانستند به طور مستقیم به دفتر رسمی طلاق رجوع کنند که از این جهت قابل انتقاد به نظر می‌رسید.

نکته‌ای که باید از نظر دور نداشت این است که توافق طرفین به عنوان مبنای طلاق و اجرای آن مورد استناد قرار می‌گیرد و هیچ گاه در ماهیت عمل حقوقی طلاق دخالت ندارد. بنابراین، نباید چنین پنداشت که طلاق به توافق زوجین در زمرهٔ عقود است.[1]

همچنین نبایستی این طلاق را با خلع و مبارات قیاس کرد یا آنها را از انواع یک جنس شمرد.[2] زیرا، در خلع و مبارات، طلاق یکی از اجزای توافقی می‌شود که زن و شوهر برای انحلال نکاح انجام می‌دهند. زن مالی را به نام «فدیه» به شوهر می‌بخشد و شوهر در برابر این فدیه زن را طلاق باین می‌دهد.

ولی، طلاقی که به توافق داده می‌شود مانند سایر طلاق‌های رجعی، به وسیلهٔ شوهر یا نمایندهٔ او در محضر انجام می‌شود و در ساختمان حقوقی آن هیچ توافقی دخالت ندارد. در این مورد، توافق تنها ممکن است موجب معاف شدن شوهر از رجوع به دادگاه و ارجاع امر به داوری شود.

۲٦٤. حقوقی کنونی: لزوم تأدیهٔ حقوق زن:

قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ طلاق بی اذن و نظارت دادگاه را منع کرد، هر چند که دو طرف توافق داشته باشند. زیرا، قانونگذار بیم از آن داشت که مردان در اثر فشار اقتصادی یا جسمانی زنان را وادار به توافق کنند و، با سوءاستفاده از موقعیت برتر خود، حقوق آنان را پایمال سازند. در این مادهٔ واحده آمده است: «از تاریخ تصویب این قانون، زوج هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامهٔ

---

۱. محمدحسین قندهاری، بحثی در اطراف قانون جدید حمایت خانواده، مجلهٔ کانون وکلا، ش ۱۳۱، ص ٤٧.

۲. حسین صفایی، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ دوم، ص ۱۷۷؛ پلی کپی درس حقوق خانواده ۵۵-٥٤، ش ۱۹۷، ص ۲۱۷.

دعوا نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیدهٔ دادگاهند (آن طور که قرآن کریم فرموده است) حل وفصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر اسناد رسمی حق ثبت طلاق هایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است ندارند...». فایدهٔ رجوع به دادگاه این است که مهر و نفقهٔ زن باید به نقد پرداخته شود و تکلیف سرپرستی از کودکان خانواده منحل شده باید معین شود (تبصرهٔ ۲ و ۳ مادهٔ واحده). اثر دیگر آن جلوگیری از جدایی‌های شتابزده و دخالت داوران در اصلاح است. به اضافه، در این قانون به دو نهاد تازه بر می‌خوریم، که به منظور تأمین حقوق احتمالی زن تأسیس شده است. این دو نهاد عبارت است از:۱) دستمزد کارهای اضافی زوجه ۲) نحله یا بخششی که شوهر به هنگام طلاق به همسر خود می‌کند، اگر اجرت المثل کارهای اضافی مورد حکم قرار نگرفته باشد. هر چند پرداخت اجرت‌المثل و نحله ویژهٔ طلاق به توافق نیست، به پیروی از مادهٔ واحده، در این بخش مطرح می‌شود:

۲۶۵. دستمزد کارهای اضافی

در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق ، پیش بینی فرضی شده است که زن در دوران زناشویی «به دستور زوج و با عدم قصد تبرع» کاری انجام داده است و پس از جدا شدن از همسر خود اجرت المثل آن را مطالبه می‌کند. در این فرض، بر طبق قواعد عمومی استیفا در قانون مدنی، زوجه یا هرکس دیگر که کاری با ارزش برای دیگری به دستور او انجام دهد، حق دارد بدل منافع کار خود را از او بخواهد. نگاهی به مادهٔ ۳۳۶ ق.م. نشان می‌دهد که قانون جدید نه حمایتی اضافی از حقوق زن کرده و نه نهاد تازه‌ای را در این راه ابداع کرده است:

«هرگاه کسی برحسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده ویا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم شود قصد تبرع داشته است».[1]

---

۱. برای مطالعهٔ استیفا رک. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، ش ۲۰۵ به بعد.

اکنون به تبصرهٔ ٦ مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق می‌پردازیم:

«پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبهٔ حق الزحمهٔ کارهایی که شرعاً به عهدهٔ وی نبوده است، دادگاه بدواً از طریق تصالح نسبت به تأمین خواستهٔ زوجه اقدام می‌نماید؛ و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم، در خصوص امور مالی شرطی شده باشد، طبق آن عمل می‌شود؛ در غیر این صورت، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف - چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهدهٔ وی نبوده، به دستور زوج و با عدم قصد تبرّع انجام داده باشد، و برای دادگاه ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید...».

از این تفصیل بیهوده چه نتیجهٔ حقوقی به بار آمده است و آن همه قیود و شروط مقدمهٔ بند الف در برابر چه مزیتی است؟ اگر حشو و زواید را به کنار نهیم، آیا حاصل حکم جز این است‌که «زن اجرت آنچه را که بر او واجب نبوده و به دستور شوهر انجام داده است، می‌تواند بگیرد، مگر اینکه قصد تبرع داشته باشد» و این حق آیا همان نیست که مادهٔ ۳۳٦ ق.م.با عبارتی موجز و بلیغ در قواعد عمومی استیفا آورده است؟ نزدیک‌تر می‌رویم تا آنچه را گفته شد روشن‌تر مشاهده کنیم: در مقدمهٔ بند الف واجبات شرعی (مانند لوازم حسن معاشرت و معاضدت در ادارهٔ خانواده و تربیت فرزندان) از کارهایی که برای آن «حق الزحمه» باید پرداخت استثنا شده است زیرا برای امر واجب نمی‌توان اجرت گرفت. در بند الف نیز تمام کارهایی که زن در آن قصد تبرع داشته است در زمرهٔ استثناها درآمده است: رسم خانواده‌های ما این است که خدمت همسر یا مادر انگیزه‌ای جز مهربانی و فداکاری ندارد و سخن گفتن از «حق الزحمه» دربارهٔ اجرای این تکالیف اخلاقی نارواست. مدعی دستمزد نیز، بر مبنای غلبه چنین فرض می‌شود که همین منش را داشته است، مگر این که خلاف این ظاهر عرفی را اثبات کند. پس، کافی نیست که بر پایهٔ «اصل عدم تبرع» شوهر را در هر حال مدعی شماریم، زیرا ظاهر اماره است و بر اصل عملی (عدم تبرع) حکومت دارد. برای مثال، اگر مادری بابت رساندن فرزندان خود به مدرسه یا شیر دادن به آنها یا دوختن لباس برای همسر خود دستمزد بخواهد، مدعی است و باید «عدم تبرع» را در دادگاه ثابت کند و اثبات آن چندان دشوار است که به محال می‌نماید. در نتیجه، اگر واجبات شرعی

و عرفی و خدماتی که بر حسب ظاهر تبرعی است به کناری نهاده شود، تنها خدمت‌های استثنایی و نادری باقی می‌ماند که مشمول مادهٔ ۳۳٦ ق.م.است.

بدین ترتیب، باید پذیرفت که تبصرهٔ ٦ قانون، نه تنها امتیازی به زن نداده است، موانع مهمی در راه استیفای حق او به وجود آورده است: حقی را که زن می‌تواند بی هیچ قید وشرطی، به استناد مادهٔ ۳۳٦ ق.م. بخواهد، تبصرهٔ ٦ منوط به درخواست شوهر برای طلاق ، بی گناهی زن در شکست زندگی خانوادگی، عدم امکان سازش و وقوع طلاق کرده است!

وانگهی، بر فرض که، زن از نظر حقوقی بتواند چنین دستمزدی بگیرد، آیا سزاوار است که قانون‌گذار مقام زن و مادر را در خانواده‌ها چنان خوار کند که، به جای مظهر مهربانی و فداکاری، اجیر ومدعی تلقی شوند؟

آیا این حکم به منزلت زنانی که زبانزد حق‌شناسی، و وفاداری هستند صدمه نمی‌زند و آیا زنان از لقب اعطایی «حق الزحمه بگیر خانواده» خرسند و خوشنودند؟ برای مثال، آیا مادری که بابت شیر دادن و نگاهداری از فرزند خود مزد بگیرد، در نظر او همان حرمت و تقدس را دارد؟

از نظر سیاست قانون‌گذاری، آیا درست است نهادی که بر طبق قانون اساسی موظف به حفظ کیان خانواده است، زنان را در برابر شوهران تحریک و تشویق به گرفتن دستمزد کند؟

بی‌گمان باید از زن رها شده و بی گناه حمایت کرد و پاس زحمات او را در خانواده نگاه داشت، ولی این فکر عادلانه را باید به لباسی آراست که در خور مقام مادر و همسر باشد و تمام سخن در این است که «حق الزحمه» عنوان مناسبی در این زمینه نیست. زنی که خواهان طلاق نیست و در انحلال خانواده گناهی ندارد ضرری ناروا دیده است که باید جبران شود و «مقرری» یا «خسارت» عنوان‌های مناسب‌تری برای جبران ضرر ناشی از سوء استفاده شوهر است .

۲٦٦. بخشش اجباری (نِحله):

بر طبق بند ب از تبصرهٔ ٦ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق:

«در غیر مورد بند «الف» با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانهٔ شوهر انجام داده و وضع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله)

برای زوجه تعیین می‌نماید».

در این فرض نیز صدور حکم منوط به دو شرط است: ۱) درخواست کنندهٔ طلاق زوجه نباشد ۲) طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار او نباشد. شرط دیگری نیز در بند ب افزوده شده که بدین مضمون بیان می‌شود: ۳) زن از بابت کارهای اضافی دستمزدی از دادگاه مطالبه نکرده باشد یا دادگاه درخواست او را نپذیرفته باشد.

الزام شوهر به پرداخت نحله نیز دنبالهٔ همان فکر جبران خسارت زن در مورد سوء استفادهٔ شوهر از اختیار طلاق است، پس آنچه به زن داده می‌شود حق او است نه بخشش؛ وابستگی میزان نحله به طول دوران زناشویی و نوع کارهایی که زوجه انجام داده ووضع مالی زوج، نشان می‌دهد که منظور جبران زیان‌های مادی و معنوی همسری است که در شکست زندگی خانوادگی نقشی نداشته و قربانی سوء استفادهٔ شوهر قرار گرفته است، به همین جهت نیز شوهر به دادن نحله الزام می‌شود و ارادهٔ او در ایجاد تعهد و میزان آن هیچ اثری ندارد. منتها، معلوم نیست چرا در فرضی که زن خواهان طلاق است، ولی دلیل آن عسر و حرج ناشی از رفتار ناپسند شوهر است، باید از امکان این جبران خسارت محروم بماند؟

۲٦۷. لزوم توافق به هنگام طلاق و اثر آن در احکام:

یادآور می‌شویم که آثار ناشی از توافق طرفین در گذشته از موجبات طلاق نیست، زیرا قرارداد خصوصی نمی‌تواند در احکام طلاق اثر کند. پس، ناچار باید توافق در زمان صدور اذن به طلاق فعلیت داشته باشد.

تعهد به طلاق دادن زن در برابر دیگران نیز با نظم عمومی مخالف است، زیرا سبب می‌شود خانواده‌ای که در حال طبیعی قابل دوام است از هم پاشیده شود. پاسداری از استواری خانواده یکی از هدف‌های نظام حقوقی در کشور ما است (اصل دهم قانون اساسی). این پاسداری در صورتی انجام می‌شود که طلاق از قلمرو قراردادهای خصوصی دور بماند. وانگهی، اخلاق نیز چگونه می‌تواند فراق دو همسری را که به هم عشق می‌ورزند تحمل کند و آوارگی فرزندان خانواده ای را به دلیل وجود تعهد پدر بپذیرد؟ تعهد به طلاق نیز همانند تعهد به نکاح و از جهاتی ناپسندتر از آن است. پس، اگر بپذیریم که تعهد به نکاح الزام آور نیست، به طریق اولی تعهد به طلاق نیز الزام آور

نیست و، بالاتر از آن، باطل است.

این تمهیدها سوء استفاده از قانون را کاهش می‌دهد. ولی دو عیب بزرگ در قانون وجود دارد که رفع آن به وسیلهٔ رویهٔ قضایی نیز ممکن نیست:

در نخستین ماههای ازدواج، به ویژه همسران جوان، به اندک ناملایمی تصمیم به جدایی می‌گیرند و، اگر این تصمیم یک طرفه هم باشد، دیگری به حکم غرور جوانی با آن مخالفت نمی‌کند. در استوار ماندن این پیمان‌ها، حتی پیش از بچه دار شدن زن و شوهر، جامعه نیز ذی نفع است و باید آن را از آسیب‌های زودگذر مصون دارد. حق این بود که، در نخستین سال ازدواج توافق طرفین در امکان طلاق مؤثر نباشد تا آنان فرصت کافی برای اندیشیدن داشته باشند و شکست زندگی زناشویی به گونه‌ای قاطع به ثبوت برسد.[1]

۲٦۸. داشتن وکالت در طلاق:

در مبحث مربوط به نقش قراردادهای خصوصی در نکاح، آثار توکیل در طلاق و قلمرو آن در حقوق کنونی مطرح شد (ش ١٦٧ به بعد) و به اجمال یاد آوری می‌شود که استناد به داشتن وکالت از طرف همسر، با وسعتی که مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.پیدا کرده است، چیز مهمی بر اختیار قانونی زن نمی‌افزاید و نباید آن را یکی از موجبات مستقل طلاق به شمار آورد، جز این که بعد از صدور گواهی عدم امکان سازش وکیل می‌تواند، بدون حضور موکل و نیاز به احضار او، به وکالت صیغهٔ طلاق را اجرا کند. به موجب تبصرهٔ مادهٔ ٤ قانون ازدواج، استفاده از وکالت در طلاق پس از شش ماه از تاریخ وقوع امری که شرط تحقق است مشمول مرور زمان می‌گردد.

باید افزود که در قباله‌های نکاح بسیاری از موجبات طلاق در قانون حمایت خانواده و آنچه در این بخش مطرح شد به عنوان شرط وکالت ضمن عقد چاپ شده است تا شوهر هر کدام را که راضی باشد امضا کند. این تمهید پیش از اصلاح مادهٔ ۱۱۳۰ اقدامی مفید بود و می‌توانست در رهایی زن از بسیاری عسر و حرج‌ها به کار آید. ولی،

---

۱. این مهلت در مادهٔ ۲۳۰ اصلاحی قانون مدنی فرانسه، که از اول ژانویهٔ ۱۹۷٦ اجرا شد، شش ماه معین شده است. ولی در مادهٔ ۲۳۱ مقرر شده است که، هرگاه دادگاه نتواند آنان را آشتی دهد، دادرس مهلت سه ماهه‌ای برای تجدید درخواست طلاق معین می‌کند و اگر تا شش ماه بعد از پایان مهلت تدبر سه ماهه دادخواست جدید داده نشود، درخواست بی اثر است.

با اصلاح این ماده، تا اندازهٔ زیادی از این فایده کاسته شده است، چرا که گسترهٔ حکم قانون خود این وسیله را فراهم می‌آورد و نیاز به شرط وکالت را کاهش می‌دهد.

قرائت و تمرین (۷)

۱. طلاق ایرانیان مقیم خارج

طلاق از مسایل مربوط به احوال شخصی است. بنابراین، قانون ملی بر آن حکومت دارد نه محلی. مادهٔ ۶ ق.م.در این باره مقرر می‌دارد: «قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث، در مورد کلیهٔ اتباع ایران و لو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود». پس، موارد و موجبات طلاق و شرایط اساسی آن بی‌گمان تابع قوانین ایران است و دادگاه خارجی نیز باید از این قوانین پیروی کند، مگر این که اجرای آن را خلاف نظم عمومی داخلی خود ببیند.

در زمانی که حقوق فرانسه طلاق را نمی‌پذیرفت، دادگاه‌های آن کشور صدور حکم طلاق را دربارهٔ خارجیان نیز مخالف نظم عمومی می‌دانستند. هر چند قانون صالح برای حکومت بر آنان طلاق را مجاز می‌شناخت. ولی، آثار طلاقی را که از دادگاه خارجی و بر مبنای قانون صالح صادر شده بود می‌پذیرفتند و به ویژه به زن و شوهر جدا شده از هم امکان می‌دادند که با هم دوباره نکاح کنند.[1] همچنین، در زمانی هم که طلاق به تراضی در حقوق فرانسه پذیرفته نشده بود، صدور آن را از دادگاه‌های داخلی خلاف نظم عمومی اعلام می‌کردند، لیکن آثار حکم طلاق صادر از دادگاه خارجی را درفرانسه می‌پذیرفتند.[2]

هم اکنون نیز دادگاهها در اجرای قانون خارجی نسبت به مواردی که قانون فرانسه طلاق را نمی‌پذیرد تردید دارند و، به ویژه، در موردی که شوهر به ارادهٔ خود می‌خواهد زن را طلاق دهد، اجرای قانون دولت متبوع زن و و شوهر را خلاف نظم عمومی می‌دانند. ولی، باید اعتراف کرد که این شیوه همراه با منطقی استوار نیست و تمایل مربوط به اجرای قانون اقامتگاه و افزودن بر گسترهٔ حاکمیت قانون فرانسه انگیزه صدور چنین احکامی است و به نظر نمی‌رسد که قاعدهٔ بین المللی رفع تعارض قوانین باشد؛ چنان که هم اکنون نیز دربارهٔ برخورد

---

۱. شعبهٔ مدنی دیوان کشور، ۲۸ فوریه ۱۸۶۰ : سیری ۱۹۶۰، ۱، ۲۱۰ .

۲. دیوان کشور، شعبهٔ مدنی، ۱۷ آوریل ۱۹۵۳ : سیری ۱۹۵۳ ، ۱، ۱۸۱ .

موجبات طلاق در قوانین خارجی با نظم عمومی داخلی اتفاق نظر وجود ندارد.[۱]

با وجود این، باید دانست که طلاق برای شوهر ایرانی که مایل است زن خود را به استناد «اختیار شوهر» و مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. طلاق دهد، در حقوق کشورهایی که طلاق قضایی و موجبات برابر را در مورد زن و شوهر پذیرفته‌اند، با دشواری‌های جدی روبه‌رو است و نویسندگان حقوقی اختیار مطلق شوهر را با نظم حقوقی کشور خود در تعارض می‌بینند. برای مثال، یک دادگاه فرانسوی، با این که از نظر اصول طلاق را تابع قانون ملی می‌داند، به دشواری اختیار مطلق شوهری را که تنها بر پایهٔ میل و هوس شخصی می‌خواهد زن خود را طلاق دهد تحمل می‌کند. قاضی فرانسوی، تا درخواست شوهر بر موجبی اخلاقی استوار نباشد و دست کم تناسب و ارتباطی با موجبات طلاق در فرانسه پیدا نکند، آن را نمی‌پذیرد.

آنچه گفته شد ناظر به حقوق کشورهایی است که از نظر اصول قانون ملی را حاکم بر طلاق می‌دانند. بدیهی است در نظامی که احوال شخصی را تابع قانون اقامتگاه می‌داند (مانند قوانین انگلیس و امریکا)، طلاق ایرانیان مقیم خارج نیز باید بر طبق قوانین محلی صورت پذیرد و جایی برای اعمال قوانین ایران باقی نمی‌ماند.

دشواری اجرای مادهٔ ٦ قانون مدنی به وسیلهٔ دادگاه‌های خارجی به همین جا پایان نمی‌پذیرد: دادگاه‌های فرانسوی از سال ۱۹۵۳ رویه‌ای را برگزیده‌اند که بر طبق آن، هرگاه زن و شوهر خارجی دارای تابعیت‌های گوناگون باشند (مانند این که شوهر ایرانی زن فرانسوی داشته باشد)، طلاق تابع قانون اقامتگاه مشترک آنان است.[۲] مقصود از اقامتگاه مشترک نیز این است که زن شوهر در یک کشور محل سکونت معمولی داشته باشند، خواه در یک خانه زندگی کنند یا جدای از یکدیگر.[۳]

بنابراین، اگر در همان مثال، شوهر ایرانی برای طلاق زن فرانسوی خود به دادگاه فرانسوی رجوع کند، باید به یکی از موجبات طلاق در قوانین فرانسه استناد کند و نمی‌تواند اختیار مندرج در مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م.را مبنای درخواست خود قرار دهد. این در حالی است که، در چنین

---

۱. ابری و رو، ج۷ . به وسیلهٔ اسمن، ش ٢٥٤ – لربور پی ژونیر، همان کتاب، ش ٣٣٦ به بعد - باتیفول، ش ٤٦٢ ، یادداشت ش ٦٩ (در مورد طلاق بر مبنای بیماری روانی همسر) - نبی بوایه، درس حقوق بین الملل خصوصی فرانسه، ش ۵۷۰.

۲. ابری و رو، ج ۷، ، به وسیلهٔ اسمن، ش ۹۳ و ۲۵۳ دیوان کشور، شعبهٔ ۱ مدنی، ۲۲ فوریه، ۱۵ مه و ۱۲ ژوئن ١٩٦١: دالوز ١٩٦١، ٤٣٧ با یادداشت Holleaux.

۳. ابری و رو، همان کتاب، ص ٣٦٣ ، پاورقی ش ٥- دربارهٔ اجرای قانون فرانسه پیش از این رویه: نبی بوایه، همان کتاب، ش ۵۷۳.

وضعی مادهٔ ۹۶۳ ق.م. قانون دولت متبوع شوهر را حاکم بر طلاق می‌داند.[۱] در واقع، دادگاه‌های فرانسوی نمی‌توانند بپذیرند که قانون دولت متبوع یکی از دو همسر بر دیگری حکومت داشته باشد. پس، برای رفع تعارض قوانین در این زمینه، ناچار شده‌اند که قانون اقامتگاه مشترک زوجین را ترجیح دهند. زیرا، اگر بنا شود که هریک از همسران بتواند بر طبق قانون ملی خود درخواست طلاق کند[۲]، بر انحلال خانواده دو قانون متعارض حکومت خواهد کرد و در هر حال قانون دولت متبوع مدعی طلاق بر دیگری تحمیل می‌شود.

از این گذشته، مسألهٔ صلاحیت دادگاه مدنی خاص در رسیدگی به دعاوی طلاق نیز ممکن است اجرای قانون ایران را در دادگاه‌های خارجی دشوار سازد: در مادهٔ یک لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب اول مهر ۱۳۵۸ می‌خوانیم:«دادگاه مدنی خاص تشکیل می‌شود از یک مجتهد جامع الشرایط و یا فرد صالحی که منصوب از طرف وی باشد و یک یا دو مشاور حقوقدان، ولی صدور حکم با مجتهد مذکور یا منصوب اوست که ریاست دادگاه را خواهد داشت...». صلاحیت این دادگاه نیز با صلاحیت دادگاه‌های شرع سابق شباهت کامل دارد و ناظر به دعاوی مربوط به احوال شخصی، وقف و وصیت و سرپرستی از محجوران است: یعنی اموری که حاکم شرع به طور معمول انجام می‌دهد. در مادهٔ ۸ اصلاحی قانون نیز آمده است که: «... **تشریفات آیین دادرسی مدنی لازم الرعایه نیست و ترتیب رسیدگی تابع مقررات شرع خواهد بود**».

بنابراین، دادگاه مدنی خاص یک مرجع مذهبی و شرعی است و بر طبق قوانین ایران تنها این مرجع می‌تواند به درخواست طلاق رسیدگی کند و حکم دهد. دادگاه خارجی که درخواست طلاق را دریافت می‌کند خود را برای اجرای قوانین ایران (تا جایی که با نظم عمومی داخلی تعارض نداشته باشد) آماده می‌بیند، ولی احتمال دارد خود را برای اجرای مراسم شرعی صالح نداند و از رسیدگی به دعوا خودداری کند.

دیوان کشور فرانسه در رأی ۲۹ مه ۱۹۰۵ خود همین رویه را برگزید[۳]. ولی، پاره‌ای از استادان بنام، مانند بارتن و باتیفول، از آن انتقاد کردند. وانگهی، در عمل نیز این تکلف را به

---

۱. مادهٔ ۹۶۳: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود.»

۲. رویهٔ قضایی در فرانسه، چندی این شیوه را پذیرفته بود، مشروط بر اینکه قانون ملی درخواست کننده آن را اجازه دهد: شعبهٔ مدنی دیوان کشور، ٦ ژوئیه ۱۹۲۲، (فراری): سیری ۱۹۲۳ ، ۱، ۵ با گزارش کولن و یادداشت لیون کان. ولی در ۱۹۵۳ این رویه را ترک گفت و به سوی قانون اقامتگاه مشترک زن و شوهر متمایل شد: ژوریس کلاسور دوره‌ای، ۱۹۵۳ ، ج ۲، ش ۷۸٦۳ .

۳. مجلهٔ دالوز ۱۹۰۵، ۱، ۳۵۸ – سیری ۱۹۰٦، ۱ ، ۱٦۱ با یادداشت پیله(Pillet).

وجود آورد که خارجیان مشمول رأی بایستی برای طلاق به کشور متبوع خود یا دادگاه کشور دیگر رجوع کنند.[1] پس از آن، پاره‌ای از دادگاهها دخالت مقام روحانی را در طلاق در زمرهٔ امور تشریفاتی شمردند و آن را در شمار قواعد آیین دادرسی، در حکومت قانون محل رسیدگی دانستند.[2] اسمن در چاپ هفتم کتاب حقوق مدنی اُبری و رو پیشنهاد کرد که دادگاههای فرانسه در چنین مواردی می‌توانند حکم به طلاق دهند، ولی برای احترام به قانون صالح خارجی، باید در صورتی به صدور حکم مبادرت ورزند که مقام صالح مذهبی به طلاق رأی دهد.[3]

باید دانست که دخالت دادگاه شرع (مدنی خاص) در ماهیت طلاق و منع اباحهٔ آن اثر ندارد و در نتیجه از قواعد مربوط به آیین دادرسی است که از نظر اصول حقوق بین‌الملل خصوصی تابع قانون محل رسیدگی قرار می‌گیرد. به ویژه، اکنون که تمام دادگاههای مدنی و کیفری در کشور ما چهرهٔ مذهبی دارد، دادگاه مدنی خاص ویژگی و حکمت تأسیس خود را از دست داده است. پس، نمی‌توان ادعا کرد که دادگاه مدنی خاص یا دادگاه خانواده یک دادگاه شرعی یا صلاحیت اختصاصی در کنار دادگاههای عمومی و عرفی است.

دادگاه خارجی می‌تواند به درخواست طلاق ایرانیان مقیم خارج رسیدگی کند. منتها احترام به قانون ملی ایرانیان ایجاب می‌کند که دادگاه رسیدگی کننده حکم به الزام شوهر یا اذن به او را صادر کند تا طلاق به صیغهٔ خاص و نزد دو مرد عادل به وسیلهٔ شوهر یا نمایندهٔ حاکم (در صورت امتناع او) انجام شود. زیرا، خواندن صیغهٔ خاص در حضور دو مرد عادل از شرایط اساسی و ماهوی طلاق است و نمی‌توان از آن صرف نظر کرد. ضرورتی ندارد که اجرای صیغهٔ طلاق در ایران و به وسیله دادگاه خانواده انجام پذیرد، ولی گریزی از اصل آن نیست.

اجرای حکم طلاق صادر شده از دادگاههای خارجی در ایران مستلزم این است که دادگاه خانواده امر به اجرای آن صادر کند (مادهٔ ۹۷۲ ق.م). برای اجرای حکم طلاق اجرائیه صادر نمی‌شود، ولی دادگاه صالح باید اعتبار حکم خارجی را اعلام و دستور اجرای آن را بدهد. این دستور، برحسب چگونگی درخواست از دادگاه، بر دوگونه است:

۱. در صورتی که حکم به الزام شوهر در دادن طلاق از دادگاه خارجی صادر شده است و برای اجرا و انجام دادن تشریفات مربوط به صیغهٔ طلاق به دادگاه مدنی خاص فرستاده می‌شود: در این فرض، پس از احراز شرایط صدور حکم، مراتب الزام به شوهر ابلاغ می‌شود تا

---

۱. اُبری و رو، ج ۷ به وسیلهٔ اسمن، ش ۲۵۶ .

۲. دادگاه پاریس، ۹ ژانویهٔ ۱۹۴۳: سیری ۱۹۴۳، ۲، ۲۹ با یادداشت نی بوایه - باتن: ژوریس کلاسور ۱۹۴۳، ج ۲، ۲۱۷۶ .

۳. همان کتاب، ش ۲۵۶.

برای اجرای صیغه در محضر رسمی طلاق حاضر شود.

۲. در صورتی که حکم به الزام یا اذن به شوهر از دادگاه خارجی صادر و در خارج ایران نیز صیغهٔ طلاق گفته شده است و اکنون، برای استفاده از آثار طلاق در ایران، از دادگاه خانواده امر به اجرای آن درخواست می‌شود: در این فرض نیز دادگاه ابتدا به اعتبار آن رسیدگی می‌کند وپس از حصول اطمینان از اجرای قوانین ایران دستور ثبت آن را در دفتر رسمی طلاق و اوراق احوال شخصی زن و شوهر می‌دهد.

در هر حال، امر به اجرای حکم خارجی در صورتی صادر می‌شود که اعتبار آن از دیدگاه قوانین ایران احراز شود، یعنی:[1]

الف. معلوم شود که دادگاه خارجی قواعد ایرانی مربوط به رفع تعارض قوانین در روابط بین المللی را رعایت کرده است. برای مثال، آن دادگاه بایستی قوانین ایران را در مورد طلاق زن و شوهر ایرانی رعایت کند. اجرای قانون محل اقامت آنان مانع نفوذ حکم در ایران است. همچنین، در صورتی که زن و شوهر دارای تابعیت‌های جداگانه باشند، دادگاه خارجی بایستی قانون دولت متبوع شوهر را رعایت کرده باشد (مادهٔ ۹۶۳ ق.م.)، وگرنه حکم در ایران نفوذ حقوقی ندارد و دادگاه خانواده نمی‌تواند امر به اجرای آن بدهد.

ب. احراز شود که قانون ایران به درستی تفسیر و اجرا شده است و دادرس خارجی آنچه را مربوط به ماهیت طلاق بوده رعایت کرده است. این شرط، چنان که اشاره شد، ناظر به قوانین ماهوی است: مانند لزوم ارجاع به داور در موردی که شوهر درخواست اذن به طلاق می‌کند و صدور حکم بر الزام شوهر بر مبنای موجبات طلاق به درخواست زن. بنابراین، اگر دادگاه خارجی بر مبنای سببی حکم دهد که در قانون ایران پیش بینی نشده است، حکم اعتبار ندارد.

برعکس، عدم اجرای قوانین مربوط به آیین و تشریفات دادرسی، مانع از نفوذ حکم دادگاه خارجی نیست. این قواعد تابع قانون محل رسیدگی به درخواست طلاق است. مادهٔ ۹۷۱ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «**دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجع به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود...**». در این باره، دادگاه خانواده باید احراز کند که حکم از دادگاه صالح صادر شده و آن دادگاه قوانینی را که به اعتبار حکم ارتباط مستقیم دارد رعایت کرده است در موردی که اختلاف در شیوهٔ تفسیر قوانین خارجی وجود دارد، انتخاب یکی از آن شیوه‌ها، هر چند نظر اقلیت باشد، به دادگاه ایرانی

---

۱. در مورد شرایط صدور امر به اجرای حکم خارجی، رک. ربور پی ژونیر، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ هشتم، به وسیلهٔ لوسوارن، ش ۴۲۰ به بعد.

مجوز ایراد به حکم را نمی‌دهد. اثبات تعارض رأی با قوانین محلی با مدعی است.

ج. باید احراز شود که حکم بر طبق قانون معتبر در محل رسیدگی قطعی و قابل اجرا است. قطعی بودن حکم بر طبق قوانین ایران کافی نیست. زیرا، چنان که گفته شد، در روابط بین المللی توصیف قطعی بودن حکم بر مبنای قانون حاکم در محل رسیدگی صورت می‌پذیرد (مادهٔ ۹۷۱ ق.م.).

د: اجرای حکم نباید با نظم عمومی داخلی در تعارض باشد. این فرض در صورتی احتمال دارد که زن ایرانی شوهر خارجی کند و دادگاه خارجی قانون دولت متبوع شوهر را رعایت کند. در این فرض، قاعدهٔ رفع تعارض قوانین ایران اجرا شده است، ولی امکان دارد که قانون ملی شوهر با نظم عمومی داخلی منافات داشته باشد: برای مثال، به زن حق دهد که هرگاه بخواهد شوهر را طلاق گوید.

۲. طلاق خارجیان مقیم ایران

قاعدهٔ رسیدگی به این گونه طلاق‌ها رعایت قانون دولت متبوع زن و شوهر است؛ چنان که مادهٔ ۷ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد:« **اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».**

این قاعده در دو فرض ممکن است به استثنا برخورد و تخصیص یابد:

۱. وجود توافقی در عهدنامهٔ میان دولت ایران و کشور متبوع زن و شوهر نسبت به قانون حاکم بر احوال شخصی: می‌دانیم که عهدنامه‌های بین لمللی در حکم قانون است و گاه بر قوانین داخلی نیز حکومت دارد. دراین فرض نیز، هرگاه در عهدنامهٔ خاصی بر خلاف قاعدهٔ عام «*اجرای قانون ملی*» حکم ویژه‌ای باشد، این حکم مخصص آن قاعدهٔ عام قرار می‌گیرد. چنان که مادهٔ ۹۷٤ ق.م. در تأیید قید «در حدود معاهدات» در مادهٔ ۷ ق.م. و در مقام بیان مفهوم آن، مقرر می‌دارد:« **مقررات مادهٔ ۷... این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهود بین‌المللی که دولت ایران امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد».** تفاوتی نمی‌کند که تاریخ امضای عهدنامهٔ خاص پیش از تصویب قانون باشد یا بعد از آن.

۲. برخورد اجرای قانون خارجی با نظم عمومی داخلی: در این باره هنوز مثالی در رویهٔ قضایی به وجود نیامده است. به نظر ما نمی‌توان ادعا کرد که، هرگاه موجب طلاق در قوانین ما

پیش بینی نشده باشد، اجرای قانون خارجی با نظم عمومی مخالف است. بی‌گمان، همهٔ قواعد ناظر به طلاق به انحلال اساس خانواده ارتباط دارد و در زمرهٔ قوانین امری است و تجاوز به آن با نظم عمومی مخالفت دارد. ولی، در روابط بین‌المللی تجاوز به هر قاعدهٔ امری را نباید مخالف نظم عمومی و مانع اجرای قواعد عمومی رفع تعارض قوانین پنداشت. اگر چنین باشد، باید تمام یا بیشتر قواعد مربوط به احوال شخصی و اهلیت مشمول این استثنا قرار گیرد و تابع قانونِ محلی شود (زیرا این قوانین به طور معمول امری است)، در حالی که این نتیجه را هیچ حقوقدانی نمی‌پذیرد و با مفاد مادهٔ ۷ ق.م. نیز تعارض دارد.

نظم عمومی، در روابط بین‌المللی چهرهٔ خاصی دارد که نباید از نظر دور داشت. قاعدهٔ خارجی باید چنان برخوردی با اخلاق حسنه داشته باشد که اجرای آن باعث جریحه‌دار کردن احساسات جامعه شود یا به دلایل اقتصادی و اجتماعی انکارناپذیر قابل تحمل به نظر نیاید. به بیان دیگر، قاعده‌ای که در اثر اجرای قانون خارجی نقض می‌شود باید با بنیان‌های اخلاقی و اساس منافع سیاسی و اقتصادی جامعه ارتباط مستقیم داشته باشد. پس، نمی‌توان گفت شناسایی هر موجب ناشناختهٔ طلاق در حقوق ما با نظم عمومی مخالف است یا حذف شرایط مربوط به مهر زن یا حضور دو مرد عادل به هنگام گفتن صیغهٔ خاص، که همه در زمرهٔ قوانین امری است، نظم عمومی را مختل می‌کند.

این است‌که نویسندگان حقوقی نیز در باره مثال‌های روشن برخورد قانون خارجی با نظم عمومی در زمینهٔ طلاق به نتیجه قاطع نرسیده‌اند و گاه ناچار شده‌اند که طلاق خویشان نزدیک (محارم) را نمونه بیاورند. با وجود این، اگر در قانون خارجی کاری نامشروع (مانند عشق زن شوهردار به مرد بیگانه یا علاقه به داشتن آزادی در روابط جنسی یا انحراف اخلاقی در این زمینه) موجب طلاق باشد، شناسایی آن در دادگاه با نظم عمومی مخالف است و مانند طلاق محارم تحمل‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

در هر حال، مادهٔ ۹۷۵ ق.م. دربارهٔ منع اجرای قانونی که با نظم عمومی مخالف است مقرر می‌دارد: «**محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطهٔ جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد**».

آن‌چه گفته شد، در موردی است که زن و شوهر تابع یک دولت باشند. اگر آن دو تابعیت‌های گوناگون داشته باشند، مانند این که زن فرانسوی و شوهر آلمانی باشد، قانون مدنی ما بدون توجه به قوانین آن دو کشور قانون دولت متبوع شوهر را حاکم می‌داند (مادهٔ ۹۶۳ ق.م). با وجود این، اگر آن قانون در چنین مواردی قواعد حاکم در اقامتگاه مشترک زن و

شوهر را صالح بداند، دادگاه قانون ایران را، که بنا به فرض اقامتگاه زن و شوهر است، اجرا می‌کند. مادهٔ ۹۷۳ ق.م.در این باره اعلام می‌دارد : **«اگر قانون خارجه که باید مطابق مادهٔ ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر اینکه احاله به قانون ایران داده باشد».**

مرجع رسیدگی به دعاوی طلاق خارجیان مقیم ایران دادگاه خانواده است. زیرا، چنان که گفته شد، صلاحیت دادگاه و آیین دادرسی طلاق تابع قانون محلی است. از سوی دیگر، صلاحیت ویژهٔ دادگاه خانواده، بر مبنای تقسیم کار بین دادگاه‌های ایران انجام شده است و دخالت حاکم ایرانی در این دادگاه در ماهیت طلاق اثر ندارد.

در تمام مواردی که طلاق خارجیان مقیم ایران در دادگاه خانواده رسیدگی می‌شود، خواه قانون خارجی بر ماهیت دعوا حکومت کند یا قانون ایران، تمیز این که طلاق در چه زمان و با چه تشریفاتی قطعی می‌شود و از چه تاریخ آثار خود را به جای می‌گذارد، با قانون ایران است: برای مثال، اگر بر طبق قانون خارجی حاکم بر ماهیت طلاق آثار حکم از تاریخ اعلان طلاق به وجود آید، ولی قانون ایران اثر حکم را از روز قطعی شدن آن بداند، باید قانون اخیر را محترم داشت.[1]

ولی، در مورد آثاری که طلاق در رابطهٔ زن و شوهر و حضانت فرزندان دارد، قانونی رعایت می‌شود که بر مبنای آن حکم طلاق صادر شده است[2]. با وجود این، تصفیهٔ دارایی مشترک زن و شوهر بر طبق قانونی انجام می‌پذیرد که از آغاز بر آن حکومت داشته است، زیرا اجرای قانون دیگر ملازمه با تغییر آن دارد[3].

در مورد لزوم نگاهداری عده یا امکان بی‌درنگ ازدواج، باید وضع شخصی هر یک از زوجین را در نظر گرفت.[4] برای مثال، اگر زن تابع ایران باشد، باید برای زواج دوباره عدهٔ نگاه دارد، هر چند که مطابق قانون حاکم بر طلاق (دولت متبوع شوهر) میزان عده کمتر یا بیشتر از آن باشد یا نگاهداری عده ضروری نباشد.

---

۱. دادگاه پاریس، ٤ فوریه ۱۹۵۸: ژوریس کلاسور ۱۹۵۸ ، ج ۲، ش ۱۰٦۱۲ - ابری و رو، همان کتاب، ش۲۵۸ .

۲. دادگاه پاریس، ۲۳ نوامبر ۱۹٥٤ : دالوز ۱۹۵۵، ۲٤٥ (در مورد حضانت).

۳. ابری و رو، همان کتاب - باتیفول، حقوق بین‌الملل خصوصی، ش ٤۷۲.

٤. دیوان کشور فرانسه، شعبهٔ عرایض، ۲۷ نوامبر ۱۹۳٤ : سیری ۱۹۳۵، ۲۱۹ ؛ دالوز ۱۹۳۵، ۱ ، ۸۹ با یادداشت کاربونیه، در مورد منع ازدواج مجدد شوهر سوریسی تا یک سال.

مبحث چهارم : اقسام طلاق

۲۶۹. مبنای تقسیم:

طلاق را به اعتبار آثار آن به دو گروه تقسیم کرده‌اند: بائن و رجعی (مادۀ ۱۱۴۳ ق.م.). طلاق رجعی طلاقی است که در زمان عدۀ آن می‌توان از طلاق رجوع کرد. بدین ترتیب، در اثر این‌طلاق، پیوند زناشویی به طور کامل از بین نمی‌رود و پس از انحلال نکاح، زن ومرد، تا زمانی که عده سپری نشده است، بیگانه نیستند و می‌توانند نکاح سابق را دوباره ادامه دهند.

بر عکس، در طلاق بائن، با وقوع طلاق روابط زناشویی پایان می‌پذیرد؛ زن و شوهر بیگانه می‌شوند و در صورتی که مایل به تشکیل خانواده باشند باید دوباره ازدواج کنند.

رجعی بودن طلاق حالت طبیعی و عادی این جدایی است. قانون تنها اقسام طلاق‌های بائن را شمرده و بدین وسیله نشان داده است که رجعی بودن موافق با اصل و طبیعت حقوقی طلاق است.

در کنار این دو گروه، طلاق هایی وجود دارد که، به دلیل آمیخته شدن با بخشش مالی از طرف زن و شوهر، به طور تبعی در حکم طلاق بائن در آمده است (خلع و مبارات).

بنابراین مبحث چهارم را با سه عنوان: ۱) طلاق رجعی ۲) طلاق‌های بائن ۳) خلع و مبارات، بررسی می‌کنیم:

گفتار نخست : طلاق رجعی

۲۷۰. تعریف و اوصاف:

برای این که طلاق رجعی به شمار آید باید این دو وصف را دارا باشد :

۱. بعد از طلاق زن باید عده نگهدارد و نتواند بی‌درنگ شوهر کند. بنابراین، طلاقی که عده ندارد، مانند طلاق پیش از نزدیکی و زن یائسه، در زمرۀ طلاق‌های بائن است .

۲. در زمان عده بتوان از طلاق رجوع کرد و، بدون این که نیازی به نکاح دیگر باشد، زناشویی را ادامه داد و آثار طلاق را نسبت به آینده از بین برد.پس، اگر طلاقی

نیاز به عده داشته باشد، ولی به دلیل طبیعت ویژهٔ آن رجوع ممکن نباشد، مانند طلاق سوم و خلع، طلاق را نباید رجعی شمرد.

چگونگی و شرایط رجوع طبیعت طلاق را دگرگون نمی‌سازد؛ چنان که در نظام قانون مدنی رجوع تنها به ارادهٔ شوهر تحقق می‌یافت؛ در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، تحقق رجوع منوط به توافق کتبی زن و شوهر شد و اکنون نیز به نظام قانون مدنی بازگشته است.

بدین ترتیب، در تعریف طلاق رجعی می‌توان گفت: **«طلاقی است که پس از آن زن باید عده نگاه دارد و در این مدت رجوع از طلاق ممکن است».**

۲۷۱. ماهیت رجوع:

به موجب مادهٔ ۱۱٤۸ قانون مدنی: **«در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است»**. بدین ترتیب، رجوع در زمرهٔ ایقاعات است و تنها به ارادهٔ شوهر واقع می‌شود. ولی، تبصرهٔ مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ در این باره قاعدهٔ تازه‌ای ابداع کرد که بر طبق آن: **«طلاقی که به موجب این قانون و براساس گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عده قابل رجوع است»**.

این حکم که با مفهوم رجوع و پیشینهٔ آن در فقه تعارض دارد[1]، بی‌گمان در وضع کنونی رعایت نمی‌شود. زیرا، بر طبق مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص، دعاوی راجع به نکاح و طلاق در صلاحیت دادگاه خاص شرعی است. چنین دادگاهی تابع احکام شرعی است و اشاره به چنین صلاحیتی نسخ ضمنی قواعدی است که با موازین فقهی تعارض دارد، به ویژه که در قانون اساسی مجلس شورا وظیفه دارد از این احکام پیروی کند. در وضع کنونی نیز، دادگاه خانواده از همین قاعده پیروی می‌کند و رجوع را منوط به تراضی زن و شوهر نمی‌داند.

۲۷۲. رجوع از طلاق به حکم دادگاه و به درخواست زن:

پیش از تصویب قانون حمایت خانواده نیز امکان رجوع از طلاقی که به حکم

---

۱. قطع نظر از فقیهان امامیه، ابن قدامه در المغنی (ج ۷، ص ۵۲۲)، می‌نویسد: «ان الرجعة لا تفتقر .... الی رضی المرأة و لاعلمها، باجماع اهل العلم...»

دادگاه انجام می‌گرفت به شدت مورد تردید بود. ریشهٔ تردید از این نکته آغاز می‌شد که، اگر شوهر بتواند پس از صدور حکم به طلاق و اجرای آن رجوع کند، حکمت قواعدی که به زن حق درخواست طلاق داده است از بین می‌رود و به حیثیت رأی نیز لطمه وارد می‌شود. به همین جهت، پاره‌ای استادان در همان زمان نیز اظهار نظر می‌کردند که، هر گاه طلاق به درخواست زن و بر مبنای حکم دادگاه واقع شود در زمان عده قابل رجوع نیست، هر چند که طبیعت آن رجعی باشد.[1]

قانون حمایت خانواده ۱۳٤٦، طلاقی را که زن به وکالت از شوهر و در حدود قانون (مادهٔ ۱۱) از دادگاه درخواست می‌کرد بائن دانست (بخش اخیر مادهٔ ۱۷) و از آن چنین استنباط می‌شد که، هرگاه طلاق به درخواست زن انجام شود، بائن است.[2]

حکم مادهٔ ۱۷ این نقص را داشت که، بر طبق قانون مدنی، به علت بائن بودن طلاق، شوهر وظیفه پیدا نمی‌کرد که نفقهٔ زن را در زمان عده بپردازد و حکم وراثت بین زن و شوهر در زمان عده نیز از بین می‌رفت. به اضافه، زنان نیز هنوز قانع نبودند و نمی‌خواستند که در هیچ صورتی سرنوشت آنان پس از طلاق وابسته به ارادهٔ مرد باشد. تبصرهٔ مادهٔ ۸ قانون ۱۳۵۳ به منظور جمع این خواسته‌ها و مصالح است تا هم طبیعت رجعی طلاق باقی بماند و هم مرد نتواند به تنهایی در این باب تصمیم بگیرد.

با وجود این، باید انصاف داد که تبصرهٔ مادهٔ ۸ به منزلهٔ منحرف ساختن نهادهای حقوقی از معانی مرسوم خود و رسوخ نوعی مجاز ناشیانه در مفاهیم حقوقی است؛ قانونگذار می‌خواهد وضع حقوقی زن را در زمان عدهٔ طلاق رجعی حفظ کند و در عین حال اختیار شوهر را، که در واقع کفهٔ متعادل‌کنندهٔ تکالیف او در این دوره است، از بین ببرد. به همین جهت، این زمزمه‌ها به حق آغاز شده بود که، اگر مرد در هیچ صورتی بدون توافق زن حق رجوع به طلاق را ندارد، پس چرا باید نفقهٔ زن را در این دوره بپردازد؟

همچنین، در موردی که شوهر خواستار طلاق است و به تقاضای او زن طلاق داده می‌شود، چرا اگر پشیمان شود نمی‌تواند آب رفته را به جوی بازگرداند؟ و امکان رجوع از طلاقی که خواستهٔ شوهر بوده و زن با آن توافق نداشته است از چه جهت با حمایت

---

۱. سید حسن امامی، ج ۵، ص ٦۵ - ناصر کاتوزیان، پلی کپی درس خانواده در دانشگاه ملی، ص ۷۸.

۲. ناصر کاتوزیان، همان پلی کپی.

از خانواده منافات دارد؟

لزوم توافق کتبی برای «رجوع» نیز، به لحاظ تعارض با مفهوم مرسوم آن، باعث شده بود که پاره‌ای از استادان آن را به معنی ازدواج مجدد بدانند[1]، و بعضی دیگر توافق کتبی را مقدمه و مجوز رجوع شوهر از طلاق بشمارند و با این تعبیر طبیعت حقوقی رجوع را حفظ کنند[2]. در حالی که این هر دو تعبیر آشکارا با منظور نویسندگان قانون حمایت خانواده منافات داشت و راه‌های گریزی بود که بتواند بدعت ناروای قانون‌گذار را منطق و شکل خاص بخشد.

بهتر این است که قانونگذار نظم منطقی و تعادل حقوق و تکالیف زن و شوهر را از یاد نبرد. مزایای زن در مدت عده رجعی عوض اختیاری است که مرد در رجوع به طلاق دارد. پس، یا باید هر دو را حفظ کرد یا از هر دو چشم پوشید. به اضافه، باید به خاطر داشت که قواعد مربوط به روابط زن و شوهر با سنت‌ها و اعتقاد تودهٔ مردم بستگی نزدیک دارد و زیاده‌طلبی مصلحتی نیست که هتک حرمت چنین قواعدی را مباح سازد.

در هر حال، با وضع قانون مربوط به دادگاه مدنی خاص، به نظر می‌رسد که این وضع نابسامان پایان یافت و احکام بر جای طبیعی خود قرار گرفت. طلاق قضایی در همه حال رجعی است. منتها، جایی که طلاق به درخواست زن و به حکم دادگاه انجام می‌شود، رجوع شوهر با مانع نظم عمومی روبه‌رو است؛ حرمت احکام طلاق و اجبار شوهر بر طلاق و جلوگیری از تکرار دعاوی ایجاب می‌کند که شوهر نتواند از حکم رجوع استفاده کند.

۲۷۳. رجوع از طلاق به اذن دادگاه و به درخواست شوهر :

چنان که اشاره شد در موردی که درخواست‌کننده طلاق شوهر است و در این باب از دادگاه اذن می‌گیرد، طلاق رجعی است. زیرا، مبانی باین بودن طلاق به درخواست زن در این فرض منتفی است: حکمی بر الزام شوهر صادر نمی‌شود تا رجوع با اعتبار و اجرای آن مخالفت داشته باشد. شوهر اذن به طلاق می‌گیرد و می‌تواند از آن

---

۱. حسین صفایی، همان پلی کپی، ش ۲۳٤ .

۲. باقر عاملی، قانون حمایت خانواده، مجلهٔ حقوق مردم، ۱۳۵۵ .

اذن استفاده نکند. پس، طلاق به اراده و میل شوهر واقع می‌شود و وصف طبیعی و رجعی خود را حفظ می‌کند.

۲۷٤. لزوم ارادهٔ باطنی :

رجوع، از اعمال حقوقی است و باید به وسیله‌ای اعلام شود تا مؤثر باشد. عبارت‌ها و رفتاری که به طور معمول برای اعلام قصد رجوع مورد استفاده قرار می‌گیرد، هر گاه مبتنی بر ارادهٔ درونی نباشد، هیچ اثر حقوقی ندارد.

شوهری که مایل است پیوند متزلزل گذشته را استوار سازد، یا اراده‌اش را به گونه‌ای صریح به زن سابق خود ابراز می‌دارد، یا چنان صمیمانه رفتار می‌کند که تصمیم تازه‌اش از کارهای او بر می‌آید. ولی، نکته در این جاست که، اگر مردی به شوخی یا به تمسخر اعلام کند که به نکاح سابق رجوع کرده است یا بدون قصد رجوع رفتاری کند که شخص جز با زن خود نمی‌تواند داشته باشد، آیا می‌توان ادعا کرد که رجوع واقع شده است؟

کسانی که «اعمال حقوقی» را تابع ارادهٔ ظاهری می‌دانند و به پدیده‌های اجتماعی پیش از خواسته‌های درونی اهمیت می‌دهند، عقیده دارند که با این گونه کارها نیز رجوع واقع می‌شود.[1] ولی در قانون مدنی این نظر پذیرفته نشده است:

در اعمال حقوقی، خواه به صورت قرارداد باشد یا ایقاع، ارادهٔ واقعی است که مبنای آثار آن قرار می‌گیرد و اعلام اراده به خاطر این است که امور نفسانی جنبهٔ بیرونی و اجتماعی پیدا کند و در قلمرو علم حقوق در آید[2]؛ چنان که مادهٔ ۱۱٤۹ می‌گوید: «رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند. مشروط بر اینکه مقرون به قصد رجوع باشد» .

با وجود این، اگر شوهر رفتاری کند که در دید عرف اعتقاد به رجوع را ایجاد می‌کند، باید این اعتقاد مشروع را نسبت به زن محترم داشت، هر چند شوهر قصد

---

۱. پاره‌ای از فقها نیز بوسیدن و لمس کردن و نزدیکی را به خودی خود سبب رجوع می‌دانند. برای مطالعه در این باب رجوع شود به :مسالک الافهام، ج۲، کتاب طلاق - جواهرالکلام، کتاب طلاق- حسن امامی، ج ۵، ص ٦۹ - ولی، سیدمحمد کاظم طباطبائی یزدی در ملحقات عروةالوثقی، کتاب عده، ص ۱۱۸، مسألة ۵، این گونه اعمال را خود به خود رجوع نمی‌داند.

۲. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۱۳۰ تا ۱۳۲ و ۱۳۵ .

رجوع نداشته باشد. بنابراین، اگر فرزندی به دنیا آورد، نسب این فرزند نسبت بـه مـادر مشروع است، همچنین تا زمانی که نکاح به دلیل دیگری منحـل نـشده اسـت، زن حـق دارد از شوهر نفقه بگیرد.

۲۷۵. اعلام اراده و آگاهی زن :

پرسش دیگری که به میان می‌آید این است که، برای تحقق رجوع، آیا لازم است کـه ارادهٔ شوهر به زن ابلاغ شود، یا همین اندازه که ارادهٔ او به وسیله‌ای اعلام شـود رجـوع محقق شده است؟

ممکن است استدلال شود که لزوم اعلام اراده به خاطر این است کـه زن از تـصمیم شوهر سابق خود مطلع شود، و گرنه بر گفتار یا رفتـاری کـه دلالـت بـر قـصد رجـوع می‌کند سودی بار نیست. ولی این گفته را نمی‌توان پذیرفت: یکی از فایـده‌هـای اعـلام اراده آگاه شدن زن از رجوع است. لـیکن علـت اصـلی حکـم ایـن اسـت کـه حقـوق نمی‌تواند به کاوش‌های درونی بپردازد و از این راه روابط اجتماعی را منظم سازد، پس، به ناچار به اموری قناعت می‌کند که در بیرون از ذهن رخ داده است. از مفاد هـیچ یـک از قوانین برنمی‌آید که در ایقاع نیز ابلاغ اراده به اشخاص ذینفع لازم باشد. بنابراین، اگر مردی بدون اطلاع زن سابق خود از طلاق رجوع و به دفتر رسمی اعلام کنـد، از همـان هنگام دوباره پیوند زناشویی ایجاد می‌شود.

با وجود این، چون زن در اثر رجوع تکالیف تازه‌ای در برابر مرد و خانواده پیدا می‌کند و هیچ مسؤولیتی را بدون اطلاع از مفاد آن نمی‌توان از کسی خواست، باید پذیرفت که زن تنها از تاریخ آگاه شدن از رجوع مکلف به انجام دادن وظایف زناشویی است.

۲۷۶. نمایندگی در رجوع:

رجوع نیز مانند نکاح و طلاق، در زمرهٔ اعمالی است که با عواطف شخص بستگی دارد و تنها او باید دربارهٔ آن تصمیم بگیرد. بنابراین، به حکم قاعده ولی یا قیم حق ندارد به نمایندگی از طرف محجور، از طلاق رجوع کند. این قاعده دربارهٔ مجنون به استثنا برخورده است. زیرا، دیدیم که قیم مجنون با اجازهٔ دادستان می‌تواند برای او

ازدواج کند یا زوجه‌اش را طلاق دهد(مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی). پس، می‌توان نتیجه گرفت که، هر گاه رجوع به نکاح را قیم صلاح بداند، می‌تواند به نمایندگی مجنون اقدام کند. به طریق اولی، ولی مجنون نیز از همین اختیار بهره‌مند است.

شخصی بودن «رجوع» مانع از آن نیست که شوهر یا زن بتواند در این باب به دیگری وکالت دهد. زیرا رجوع از اعمالی(مانند سوگند) نیست که مباشرت شخص در آن شرط باشد. بر طبق مادهٔ ۱۰ ق.م. می‌توان چنین وکالتی را نافذ دانست، همچنان که در طلاق و نکاح نیز توکیل به غیر مجاز است (مواد ۱۱۳۸ و ۱۰۷۱ قانون مدنی).

۲۷۷. رجوع حق است یا حکم؟

برای تمیز حق و حکم معیارهای گوناگون پیشنهاد شده ولی هیچ کدام روشن و قاطع نیست[۱]. شاید سهم بزرگی از این ابهام ناشی از این باشد که اشکال درست طرح نشده است. حق نیز ناشی از احکام قانونگذار است: اگر کسی که ملکی را آباد کرده حق مالکیت پیدا می‌کند، به دلیل این است که قانون او را مالک شناخته؛ همچنین، مغبونی که حق بر هم زدن عقد لازم را می‌یابد یا شریکی که حق شفعه دارد، این امتیازها را از حکم قانون گرفته است. پس، چگونه ممکن است بین حق و حکم مرز روشن و ثابتی رسم کرد؟

از سوی دیگر، امروز در بیشتر موارد حق و تکلیف به هم آمیخته است و نمی‌توان به درستی اختیار و الزام اشخاص را از هم تمیز داد؛ اختیار و الزامی که هر دو از حکم ناشی شده و از ارادهٔ قانونگذار سرچشمه گرفته است (مادهٔ ۱۱۶۸ ق.م).

بنابراین، به جای گفتگو دربارهٔ حق یا حکم بودن رجوع، باید دید هدف از برقراری این اختیار چیست؟ آیا قانونگذار بدین وسیله می‌خواهد از حقوق خصوصی و حاکمیت ارادهٔ شوهر حمایت کند و او را مسلط بر سرنوشت خانواده سازد، یا هدف اصلی پیشگیری از انحلال خانواده و تأمین منافع عمومی است؟

در صورت نخست، اختیاری که به شوهر داده شده حق او است و می‌تواند از آن بگذرد، ولی، در صورت دوم، قاعده ای تخلف ناپذیر ایجاد شده است و شوهر در موقعیتی قرار گرفته که همهٔ آثار آن را قانون معین می‌سازد. به بیان دیگر، اختیاری که

---

۱. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، ملحقات عروة الوثقی، کتاب وکالت، ص ۱۳۳– حسن امامی، ج ۵، ص ۷۱.

در این باره مقرر شده در واقع پرتوی است از قانون که به دلیل موقعیت اجتماعی زوج به وجود آمده و تسلطی نیست که از آن کسی باشد و او بتواند به این و آن واگذارد یا به کلی از آن بگذرد.

همان گونه که بارها گفته شد، خانواده «سازمان حقوقی» ویژه‌ای است که حاکمیت اراده، جز به طور محدود و استثنایی، در آن راه ندارد. بنابراین، از واژهٔ «حق» که در مادهٔ ۱۱٤۸ به کار رفته و از این که در قالب طلاق «خلع و مبارات» می‌توان اختیار رجوع را از بین برد، نمی‌توان نتیجه گرفت که رجوع مانند حق فسخ در معاملات، در اختیار مرد است و می‌تواند آنرا به زن صلح کند یا ساقط نماید[1].

اختیار رجوع از طلاق تا پایان عده برای شوهر باقی است و هیچ قرارداد یا عمل حقوقی دیگری آن را از بین نمی‌برد.

گفتار دوم: طلاق‌های بائن

۲۷۸. اقسام طلاق بائن:

به موجب مادهٔ ۱۱٤۵ قانون مدنی: «در موارد ذیل طلاق بائن است:

۱. طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود؛

۲. طلاق یائسه؛

۳. طلاق خلع و مبارات، مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد؛

سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید، اعم از این که وصلت در نتیجهٔ رجوع باشد یا در نتیجهٔ نکاح جدید».

بنابراین، طلاق‌های بائن را، به اعتبار دلیلی که موجب از بین رفتن حق رجوع شوهر شده است، به سه گروه اصلی می‌توان تقسیم کرد:

---

۱. پاره‌ای از فقیهان، از جمله محقق قمی در جامع‌الشتات، رجوع را حق می‌داند و بعضی از استادان نیز از این نظر طرفداری کرده‌اند (امامی، ج ۵، ص ٦۹ و ۷۰). و گروهی دیگر رجوع را حکم دانسته‌اند (سید محمد بحر العلوم) بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۲۰ و ۲۱).

۱. طلاق زنی که عده ندارد (شق ۱ و۲ مادهٔ ۱۱٤٥)، زیرا رجوع تنها در زمان عده ممکن است و زنی که عده ندارد در اثر طلاق به کلی از قید زناشویی آزاد می‌شود.

۲. طلاقی که موجب حرمت بین زن و مرد می‌شود (شق ٤ مادهٔ ۱۱٤٥ و مادهٔ ۱۰۸۵).

۳. طلاق خلع و مبارات که به اعتبار قرارداد خصوصی بین زن و شوهر به صورت بائن درمی‌آید و در اثر رجوع زن به فدیه ماهیت اصلی خود را باز می‌یابد. به همین دلیل نیز این دو طلاق جداگانه مطالعه می‌شود.

۱. طلاق زنی که عده ندارد

۲۷۹. اقسام این طلاق:

در صورت فوت شوهر، زن در هر حال باید عده نگاه دارد، زیرا حکمت عمدهٔ آن احترام به نکاح سابق است. ولی، در طلاق، که فلسفهٔ اصلی نگاهداری عده جلوگیری از اختلاط نسل است، در مواردی که این احتمال وجود ندارد، عدهٔ نیز ضروری نیست. مادهٔ ۱۱۵۵ قانون مدنی در این باب می‌گوید: «زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه نه عدهٔ طلاق دارد و نه عدهٔ فسخ نکاح، ولی عدهٔ وفات در هر دو مورد باید رعایت شود».

در مادهٔ ۱۱٤٥ نیز این دو مورد (طلاق پیش از نزدیکی و یائسه) در زمرهٔ طلاق‌های بائن آمده است. پس، می‌توان نتیجه گرفت که دلیل بائن بودن هر دو نبودن عدهٔ طلاق در آنهاست.

۲۸۰. طلاق پیش از نزدیکی:

حکم قانون روشن است. اگر نکاح پیش از نزدیکی به طلاق منتهی شود، زن عده ندارد و می‌تواند هر گاه بخواهد شوهر دیگر کند. با این ترتیب، شوهر نیز محلی برای رجوع ندارد و طلاق بائن است. فقط باید دانست که، هرگاه طلاق پس از نزدیکی واقع شود سپس در زمان عده شوهر رجوع کند یا زن و شوهر دوباره ازدواج کنند (در طلاق بائن) و این نکاح پیش از نزدیکی به وسیلهٔ طلاق منحل شود، نکاح دوم یا رجوع به

نکاح سابق، لزوم نگهداری عده را از بین نمی‌برد و زن نمی‌تواند، پیش از سپری شدن آن مدت، شوهر دیگری اختیار کند.

ولی، این پرسش باقی می‌ماند که، آیا در فرضی که گفته شد، طلاق دوم رجعی محسوب می‌شود و درزمان عده رجوع از آن امکان دارد، یا این عده تنها به خاطر جلوگیری از اختلاط نسل است و طلاق دوم احکام ویژهٔ خود را دارد؟

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد و به نظر می‌رسد که باید بین موردی که به نکاح سابق رجوع می‌شود و حالتی که در مدت عدّه نکاح جدیدی واقع شده است تفاوت گذارد:

۱. مواردی که مرد در زمان عده رجوع می‌کند، در واقع اثر طلاق رجعی از بین می‌رود و همان نکاح سابق ادامه می یابد. پس، اگر مرد پیش از نزدیکی زن را طلاق بدهد، در واقع نکاحی را منحل ساخته که در آن نزدیکی واقع شده بوده است. این طلاق مشمول بند ۱ مادهٔ ۱۱۴۵ و مادهٔ ۱۱۵۵ نیست؛ زن باید از تاریخ طلاق دوم دوباره عده نگهدارد و در زمان عده رجوع نیز امکان دارد.

۲. در صورتی که طلاق اول بائن باشد و زن و مرد در زمان عده دوباره ازدواج کنند و این نکاح پیش از نزدیکی منتهی به طلاق شود، دیگر نمی‌توان گفت که طلاق دوم در حکم طلاق بعد از نزدیکی است و عده دارد. زیرا مقصود از «طلاق پیش از نزدیکی» طلاقی است که باعث انحلال نکاحی شود که در آن نزدیکی واقع نشده است.

در فرض ما، نکاح جدیدی واقع شده و در آن نزدیکی روی نداده است، پس نباید ادعا کرد که انحلال این نکاح نیز، به دلیل وقوع نزدیکی در زواج سابق، رجعی است. یا باید گفت نکاح دوم حکم عدهٔ طلاق اول را از بین برده و، چون پیش از نزدیکی منجر به طلاق شده است، زن عده ندارد، یا نظر داد که نکاح و جدایی دوم لزوم نگه داشتن عدهٔ طلاق اول را از بین نمی‌برد و زن ناچار است که آن را تمام کند.

نظر دوم با روح قانون سازگارتر است، زیرا همان دلیلی که سبب نگهداری عده در طلاق اول شده بود، هنوز وجود دارد و نکاح و طلاق دوم بیم اختلاط نسل را از بین نمی برد. بنابراین، زن باید عدهٔ طلاق اول را تا پایان نگاه دارد.

همچنین است وقتی که نکاح منقطع باشد و پس از نزدیکی در اثر بذل مدت یا تمام شدن آن منحل شود و بعد در زمان عده زن و مرد با هم ازدواج کنند و نکاح دوم پیش

از نزدیکی منتهی به طلاق شود: یعنی، در این مورد نیز زن باید عدهٔ نکاح سابق را تمام کند.

۲۸۱. طلاق زن یائسه:

مقصود از زن یائسه کسی است که در اثر زیادی سن عادت زنانگی ندارد و در نتیجه از بچه‌دار شدن نیز مأیوس است. چنین زنی عده ندارد و بعد از طلاق می‌تواند شوهر کند.

طلاق زنی بائن است که در اثر زیادی سن عادت نمی‌بیند، ولی هر گاه زنی در جوانی به علت بیماری یا حوادث دیگر عادت نشود، تابع این حکم نیست: یعنی بعد از طلاق باید عده نگاهدارد و رجوع به او نیز امکان دارد. سن یأس در زنان متفاوت است و پزشک باید تشخیص دهد که قطع عادت به دلیل کهولت است یا بیماری، ولی به طور معمول سن یأس پنجاه سالگی است[1].

۲. طلاقی که موجب حرمت بین زن و مرد می شود

۲۸۲. یادآوری و ارجاع:

در موانع نکاح دیدیم (ش ۷۳) که اگر زنی سه بار متوالی زوجهٔ یک نفر شود و هر بار به وسیلهٔ طلاق از او جدا گردد، طلاق بار سوم بین آن دو ایجاد حرمت می‌کند. پس، بعد از سومین طلاق، دیگر نمی توان در زمان عده به طلاق رجوع کرد و در نتیجه این طلاق در زمرهٔ طلاقهای بائن درمی‌آید (شق ٤ مادهٔ ١١٤٥ ق.م) .

همچنین است وقتی که زن نه بار طلاق داده شود و شش تای آن عدی باشد، با این تفاوت که در این حالت حرمت ابدی است و با هیچ تمهیدی این دو نمی‌توانند با هم نکاح کنند (ش٧٤). بنابراین، طلاق بار نهم را نیز باید در شمار طلاق های بائن درآورد.

---

۱. محقق در مختصر نافع می‌نویسد: «و فی حد الیأس روایتان، اشهرهما: خمسون سنه» - دربارهٔ روایت دیگر، رک: فاضل مقداد، التنقیح، ج ۳، ص ۳٤١، پاورقی ، ش ۲.

گفتار سوم: طلاق خلع و مبارات

۲۸۳. تعریف و تفاوت این دو طلاق

مادهٔ ۱۱٤٦ قانون مدنی در تعریف خلع می‌گوید: «طلاق خلع آنست که زن، به واسطهٔ کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد، اعم از این که مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر یا کمتر از مهر باشد»[1].

بنابراین، طلاق خلع به موردی گفته می‌شود که زن از شوهر نفرتی احساس می‌کند و مالی به عنوان «فدیه» به او می‌دهد و در برابر آن طلاق می‌گیرد.[2] در این مورد نیز جدایی نتیجهٔ طلاقی است که به طور مقید و در برابر گرفتن فدیه انجام گرفته است. به همین جهت نیز مرد نمی‌تواند پیش از رجوع زن به فدیه به طلاق رجوع کند[3].

طلاق «مبارات» نیز از نظر ساختمان حقوقی با خلع یکسان است[4]، جز این که کراهت تنها از جانب زن نیست و زن و شوهر از یکدیگر منزجر شده‌اند و به همین جهت نیز میزان فدیه نباید بیشتر از مهر باشد؛ چنان که مادهٔ ۱۱٤۷ قانون مدنی اعلام می‌کند: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد.»[5]

---

۱. کلمهٔ خلع (بر وزن صلح) از خلع، به معنی جداکردن و کندن، گرفته شده است. زن و شوهر را به منزلهٔ لباس یکدیگر دانسته‌اند، چنان که در قرآن آمده است که «هن لباس لکم و انتم لباس لهن» (سورهٔ بقره آیهٔ ۱۸۷). پس، جدایی زن و شوهر را به کندن لباس تشبیه کرده‌اند و خلع نامیده‌اند (شیخ طوسی، مبسوط، ج ٤، ص ۳٤۲ – شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۲، کتاب طلاق – ریاض ج ۲، کتاب – طلاق جواهر الکلام، کتاب خلع)- برای مطالعه دربارهٔ مفهوم و آثار این طلاقها در فقه عامه، رجوع شود به: خلاصة الفتاوی، ج ۱، ص ۳۲۰ به بعد.

۲. اگر زن از شوهر کراهت نداشته باشد، به صرف دادن فدیه طلاق خلع واقع نمی‌شود. ولی، چون اثبات این کراهت و تحلیل روانی زن دشوار است و به طور معمول نیز تا زن از شوهر خود کراهت نداشته باشد اقدام به بذل مال در برابر طلاق نمی‌کند، باید گفت که پیشنهاد طلاق خلع یا پذیرفتن آن اماره بر این است که زن از شوهر کراهت دارد و اثبات خلاف این امر به عهدهٔ کسی است که بطلان خلع را ادعا می‌کند.

۳. دربارهٔ ماهیت خلع بین فقها این اختلاف وجود دارد که فسخ است یا طلاق و این اختلاف به دلیل آثاری است که بر هر یک از این دو عنوان بار می‌شود: شیخ طوسی، مبسوط، ج ٤، ص ۳٤٤.

٤. مبارات در لغت به معنی مفارقت است.

۵. گروهی از فقها گفته‌اند طلاق با لفظ مبارات واقع نمی‌شود و باید پس از آن صیغهٔ طلاق نیز گفته شود ولی در خلع ضرورت ندارد.

۲۸٤. ماهیت حقوقی این دو طلاق:

همان گونه که از تعریف خلع و مبارات برآمد (مواد ۱۱٤٦ و ۱۱٤۷ ق.م.) در این موارد تنها شوهر نیست که دربارهٔ جدایی تصمیم می گیرد. زن و شوهر با هم قرار می‌گذارند که زن مالی را به شوهر دهد و او نیز در برابر گرفتن آن مال زن را طلاق گوید. صیغهٔ طلاق نیز چنان گفته می‌شود که ارادهٔ زن و شوهر، به صورت ایجاب و قبول، در آن دخالت دارد.

پس، این گفتگو به میان می‌آید که در این حالت نیز طلاق را باید همچنان در زمرهٔ ایقاعات آورد یا در شمار عقود؟ و در مرحلهٔ دوم، بر فرض که خلع و مبارات نوعی قرارداد باشد، آیا می‌توان ادعا کرد که فدیه در برابر طلاق قرار گرفته و رابطهٔ آن دو مانند عوض و معوض در سایر قراردادهای مالی است، یا طلاق ماهیت اصلی خود را به طور مستقل حفظ می‌کند؟

گروهی از نویسندگان خلع را تابع قواعد معاوضه شمرده و از آن نتیجه گرفته‌اند که، اگر فدیه عین معین باشد و از آن غیر در آید، طلاق نیز باطل است[1] و گروه دیگر بخشیدن فدیه را جزء ماهیت خلع ندانسته و بطلان آن را به طلاق سرایت نداده‌اند[2]. گروه سوم، در عین حال که رابطهٔ بین فدیه و طلاق را به منزلهٔ معاوضه ندانسته‌اند، اعتقاد دارند، باید بین موردی که شوهر با علم به بطلان فدیه طلاق خلع می‌دهد با صورتی که به اعتقاد درست بودن فدیه طلاق واقع می‌شود تفاوت گذارد: در مورد

---

۱. شیخ طوسی در مبسوط(ج ٤، ص ۳۵۷) از این نظر پیروی کرده است و در خلاف می نویسد : «اذاوقع الخلع علی بذل فاسد مثل الخمر و الخنزیر و ما اشبه ذلک مما لایصح تملکه لم یصح خلعه» (ج ۲، ص ٤۳۰) و شهید ثانی نظر او را تقویت کرده است (مسالک الافهام، ج ۲، کتاب طلاق – شرح لمعه ، ج ۲، ص ۱۳۵) و از نویسندگان حقوق مدنی، مرحوم دکتر امامی، ج ۵، ص ۵۳.

این نویسندگان تفاوتی بین علم و جهل طرفین و به ویژه شوهر به استحقاق غیر نمی گذارند و در هر حال بطلان تملیک فدیه را سبب بطلان خلع شمرده اند. شهید ثانی و محقق در این گفته اتفاق دارند که، هر گاه طلاق بعد از دادن فدیه و به داعی تحقق آن داده شود، بطلان فدیه سبب می شود تا طلاق نیز رجعی گردد. علامهٔ حلی در قواعد طلاق را در مورد خمر و خنزیر باطل می داند و در مورد مالی که مستحق للغیر است بین علم و جهل طلاق دهنده تفاوت می گذارد.

۲. شهید اول در لمعه این نظر را انتخاب کرده است و ابوحنیفه و شافعی هم از آن طرفداری کرده اند (شیخ طوسی، خلاف ، ج ۲، ص ٤۳۰).

نخست طلاق باطل است، زیرا در واقع شوهر ارادهٔ طلاق خلع را که باید در برابر تملک فدیه باشد نکرده است. ولی، در مورد جهل به بطلان، طلاق درست است و باید مثل یا قیمت فدیه، که منظور دو طرف بوده است به شوهر داده شود[1].

با مفهومی که ما امروز از طلاق داریم، پذیرفتن طلاق خلع به عنوان معاوضه دشوار است. برفرض که حقوق غیر مالی نیز بتواند موضوع معامله قرار گیرد، نه طلاق دادن زن حق شوهر است و نه ساختمان حقوقی و آثار طلاق را می توان تابع ارادهٔ او دانست. جدایی زن و شوهر پدیده‌ای است که اجتماع دربارهٔ روی دادن و آثار آن نفع مستقیم دارد. طلاق «سازمان حقوقی» ویژه‌ای است که قانون آن را اداره می‌کند، به حکم یا اذن دادگاه واقع می‌شود، تمام قواعد راجع به آن امری است و هنگام گفتگو از آثار آن پای انحلال و بقای خانواده در میان است نه پیروی از ارادهٔ شوهر.

چنین سازمانی که در آن وضع مدنی اشخاص مطرح است، نمی‌تواند موضوع مبادله قرار گیرد و بسان یکی از دو عوض معامله نگریسته شود. بنابراین، طلاقی که در برابر گرفتن مالی از زن داده می‌شود بائن است، ولی استقلال خود را حفظ می‌کند و تابع شرایطی است که قانونگذار برای درستی طلاق لازم دیده. درست است که در طلاق خلع و مبارات قراردادی بین زن و شوهر بسته شده است، ولی این قرارداد شرط اجرای حکم مربوط به این دو طلاق است نه مبنای آنها.

موضوع واقعی این قرارداد تملیک مالی است به شوهر که با شرایط خاص انجام می‌شود و در حدود همین شرایط تابع ارادهٔ مشترک آنان است: زن خواسته است در برابر دادن فدیه از شوهر جدا شود و، در عین حال که او می‌تواند در زمان عده آنچه را که داده است پس بگیرد، اختیار شوهر در رجوع به نکاح پیش از اقدام او از بین برود. شوهر نیز فدیه را با همین شرایط پذیرفته است. پس، اگر طلاق باطل باشد، یا به دلیلی نتوان احکام خلع را بر آن بار کرد، بخشیدن فدیه نیز باطل خواهد بود.

بر عکس، طلاق ایقاعی است که به ارادهٔ شوهر واقع می‌شود و توافق راجع به فدیه محرک و داعی او است و در ساختمان حقوقی طلاق سهمی ندارد. در موردی هم که شوهر با علم به بطلان فدیه طلاق داده است، انحلال نکاح به عنوان ایقاعی مستقل

---

۱. محقق در فتاوای خود، پس از نقل گفته‌های سایر فقیهان، این نظر را تقویت می‌کند (جامع الشتات، ص ٤٩٤) – از پیروان دیگر این نظر: شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، کتاب خلع – محقق، شرایع، کتاب خلع – علامهٔ حلی، قواعد، ص ۸۰

مقصود او بوده است. به همین جهت، بطلان فدیه در هیچ صورت سبب بطلان طلاق نمی شود و، همچنان که در قانون مدنی نیز آمده است، رجوع به فدیه سبب بطلان طلاق نمی شود و فقط آن را رجعی می‌سازد.

به طور خلاصه، طلاق خلع و مبارات به دو عمل حقوقی تحلیل می‌شود:

۱. ایقاعی که سبب جدایی زن و شوهر است؛

۲. قراردادی که سبب تملیک فدیه به شوهر می شود و در برابر حق رجوع شوهر را از بین می‌برد.

این دو عمل را، که در خلع و مبارات با هم مخلوط می شود، نباید به منزلهٔ دو رکن توافق در یک عقد به شمار آورد و آثار تعهد متقابل را بر آنها بار کرد.

یکی از دلایل مهم معاوضی نبودن طلاق خلع منحل نشدن آن در اثر رجوع به فدیه است. زیرا مقتضای معاوضه این است که از بین بردن یکی از دو عوض تعهد مقابل را نیز منتفی سازد. [۱]

۲۸۵. آثار این تشخیص:

تمیز ماهیت حقوقی طلاق خلع و مبارات، نه تنها از لحاظ نظری جالب است، در عمل نیز فواید مهمی دارد که از جملهٔ آنهاست:

۱. اگر رابطهٔ بین دادن فدیه و طلاق مانند رابطهٔ بین دو عوض در معاملات باشد، بطلان فدیه مانع از وقوع طلاق می‌شود. زیرا، رابطهٔ علیتی که بین آن دو موجود است با تحقق یکی از آنها بدون دیگری منافات دارد. پس، اگر فدیه مال دیگری باشد یا قابل واگذاردن به شوهر نباشد، چون عوض محقق نشده است، طلاق نیز واقع نخواهد شد.

برعکس، اگر طلاق ایقاع مستقل باشد، بطلان فدیه تأثیری در درستی طلاق نمی‌کند و مانند موردی است که توافق دربارهٔ مهر یا شرایط ضمن قرارداد، به دلیل نامقدور بودن یا مخالفت با قوانین، باطل است.

۱. چون رابطهٔ بخشیدن فدیه و طلاق را یکسره نمی‌توان انکار کرد و شوهر به خاطر دست یافتن به عوض حاضر به طلاق خلع شده است، نسبت به اثر بطلان فدیه در این رابطهٔ اختلاف شده است:

---

۱. در این باره رک. جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۲۲ به بعد.

بعضی گفته‌اند برای رعایت احترام به ارادهٔ مشترک طرفین، در چنین حالتی زن باید مثل یا قیمت فدیه را به عنوان بدل به شوهر بدهد[۱]. زیرا، بدین ترتیب زن به عهد خود وفا می‌کند و شوهر زیانی نمی‌بیند و مفاد قرارداد نیز اجرا می‌شود[۲]. گروه دیگر، درستی طلاق را تأیید می‌کنند، ولی آن را خلع نمی‌شمرند. به نظر این گروه، توافق دو طرف دربارهٔ تملیک فدیه در برابر طلاق است که آن را تبدیل به طلاق بائن می‌سازد. پس، اگر بخشیدن فدیه به دلیلی باطل باشد، طلاق تابع طبیعت اصلی آنست و بر حسب موارد رجعی یا بائن است[۳].

نظر اخیر منطقی‌تر است. زیرا، در توافقی که نسبت به خلع بودن طلاق در برابر فدیه شده است، با این که طلاق ماهیت مستقل خود را حفظ می کند، وصف بائن بودن آن تابع این قرارداد و منوط به درستی فدیه است. پس، هرگاه فدیه باطل باشد، باید عوارضی هم که مانع از رجوع است از بین برود و طلاق طبیعت اصلی خود را بازیابد[۴].

این نتیجه با قصد مشترک طرفین و طبیعت طلاق نیز توافق بیشتری دارد: طلاق بدون اینکه نیازی به نهاد خلع و مبارات باشد، عامل حقوقی انحلال نکاح است. بنابراین، اثر خود را از قرارداد دو طرف نمی‌گیرد و تخلف از داعی مربوط به تملک فدیه نیز در آن اثر ندارد. ولی، بر عکس، اسقاط حق رجوع شوهر، به طور مستقیم نتیجهٔ قراردادی است که نسبت به تملک فدیه بین طرفین منعقد شده است. پس، طبیعی است اگر بطلان فدیه تعهد متقابل آن را نیز از بین ببرد و طلاق را رجعی سازد.

۲. اگر فدیه عین معین باشد و پیش از تسلیم به شوهر بدون تقصیر زن تلف شود، بر طبق قواعد عمومی معاوضه، باید عقد منفسخ و در نتیجه طلاق نیز منحل شود، ولی،

---

۱. نظر بیشتر این نویسندگان ناظر به موردی است که در اثر جهل به بطلان فدیه طلاق واقع شود و بطلان فدیه سبب بطلان طلاق نگردد.

۲. میرزا قمی، جامع الشتات، ص ۱۹٤ – شهید اول، لمعه ، کتاب خلع – محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۳۱ – محقق در شرایع ، پس از نقل گفتهٔ کسانی که خلع را در صورتی که فدیه مال دیگری درآید باطل می‌دانند، می‌گوید: «... و لو قیل یصح و یکون له القیمة و المثل ان کان مثلیاً کان حسناً». شافعی نیز از طرفداران این نظر است (خلاف، ج ۲، ص ٤۳۰). منتها، باید توجه داشت که نظر محقق و میرزا و صاحب جواهر ناظر به موردی است که طرفین جاهل به بطلان باشند.

۳. حسن امامی، ج ۵، ص ٥٤ – ابوحنیفه پیشوای مذهب حنفی، نیز همین نظر را تأیید کرده است (خلاف، ج ۲، ص ٤۳۰).

٤. در تأیید این نظر گفته شده است، همان گونه که اگر زن رجوع به عوض کند طلاق رجعی می شود ، در این جا نیز بطلان فدیه در حکم رجوع از آن است (نقل از:جواهر الکلام. جلد نکاح، کتاب خلع).

هرگاه طلاق خلع مستقل از بخشیدن فدیه باشد، در این حالت نیز طلاق درست است. منتها، نظر مشهور این است که باید مثل یا قیمت آن به شوهر پرداخته شود[1].

این نظر، جایی که فدیه در اثر تقصیر شوهر یا اتلاف از سوی ثالث تلف می‌شود یا تلف بعد از طلاق رخ می‌دهد، بی‌گمان درست است. ولی، در فرضی که به دلایل خارجی و پیش از طلاق تلف می‌شود، می‌توان گفت، چون قرارداد معاوضی بین فدیه و اسقاط حق رجوع پیش از طلاق منفسخ شده است، طلاق به صورت رجعی واقع می‌شود، به ویژه در فرضی که دو طرف یا شوهر جاهل به تلف باشند.

به همین ترتیب، معین بودن فدیه نیز تنها در روابط مالی طرفین مؤثر است و هیچ گاه نمی تواند آثار طلاق را از بین ببرد یا وصف «خلع و مبارات» را از آن بگیرد.

۲۸۶. طبیعت حقوقی این طلاق ها:

به موجب بند ۳ از مادهٔ ۱۱٤٥ قانون مدنی: «طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد بائن است» پس، برای شناختن طبیعت حقوقی این طلاق‌ها بین دو مرحلهٔ گوناگون باید تفاوت گذارد:

۱. طلاق واقع شده ولی زن هنوز به عوض رجوع نکرده است: در این مرحله طلاق بائن است و رجوع به نکاح ممکن نیست و زن نیز حق گرفتن نفقه از شوهر ندارد و در صورت فوت شوهر از او ارث نمی برد.

۲. همین که زن به عوض رجوع کند، طلاق طبیعت اصلی خود را بازمی‌یابد. بنابراین اگر طلاق بر حسب ذات خود رجعی باشد، از این پس، هم امکان رجوع به نکاح ایجاد می‌شود[2]، و هم زن حق نفقه و بردن ارث را بازمی‌یابد.

۲۸۷. رجوع به فدیه و آثار آن:

رجوع به عوض تنها به ارادهٔ زن انجام می‌پذیرد و، همین که ارادهٔ خویش را به وسیله‌ای اعلام کند، مالکیت شوهر بر فدیه از بین می‌رود و دوباره زن مالک آن

---

۱. نظر مشهور در فقه همین است و حتی صاحب کشف اللثام در این باره ادعای اتفاق کرده است (جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۳۱) و از عامه نقل شده است که به مهر المثل حکم داده اند (همان کتاب).

۲. مگر این که شوهر مانعی در این راه ایجاد کرده باشد، مانند نکاح با خواهر زن.

می‌شود. از همین لحظه نیز آثار قراردادی که بر مبنای طلاق خلع و مبارات واقع شده است از بین می‌رود و طلاق طبیعت اصلی خود را باز می‌یابد.

چنان که گفته شد، موضوع توافق زن و شوهر تملیک عوض است که برای گرفتن طلاق و بائن ساختن آن داده می شود. پس، تا آنجا که به روابط دو طرف در این باره مربوط می شود، مفاد قرارداد محترم است.

در تحلیل توافق می توان گفت: بنای زن و شوهر بر این است که، در برابر گرفتن فدیه، طلاق خلع یا مبارات داده شود و هر گاه زن به عوض رجوع کند، مرد نیز توانایی رجوع به نکاح را داشته باشد. بنابراین، رجوع به فدیه تنها در صورتی ممکن است که برای مرد نیز رجوع به نکاح ممکن باشد. زیرا، مقصود این بوده است که در برابر نفعی که زن به شوهر می‌رساند، او نیز زن را طلاق بائن بدهد. حال، اگر زن بتواند هم عوض را پس بگیرد و هم از مزایای طلاق بائن سود ببرد، این نتیجه با مفاد قرارداد منافات دارد.

به بیان دیگر، زن بیهوده مالی به شوهر نمی‌بخشد. فرض این است که از شوهر نفرت دارد. پس دادن فدیه برای این است که او را به دادن طلاق تشویق کند و در زمان عده نیز در سلطهٔ او قرار نگیرد و آثار توارث را از بین ببرد. اکنون، اگر بدون هیچ مانعی بتواند از فدیه رجوع کند، بدون این که مرد فرصت و امکان رجوع از طلاق را داشته باشد، در واقع تمام یا بخشی از هر چه را که می‌خواسته به دست آورده است بدون این که عوض قراردادی آن را بدهد و این عدالتی نیست که دو طرف هنگام توافق دربارهٔ خلع در نظر داشته‌اند.

از این تحلیل نتیجه گرفته می‌شود که، هرگاه زن عده نداشته باشد یا رجوع به عوض چنان انجام شود که برای مرد امکان آگاه شدن بر آن و استفاده از حق رجوع به نکاح وجود نداشته باشد، رجوع زن بی اثر است[1]. ولی، هر گاه مرد در زمان عده مانعی برای رجوع به نکاح ایجاد کند، این مانع حق رجوع زن را از بین نمی‌برد.

---

۱. برای مثال، هر گاه زن در آخرین روز عده به عوض رجوع کند و به مرد اطلاع ندهد یا به محضر اعلام دارد، ولی فرصت ابلاغ این اعلام به شوهر نباشد و عده سپری شود، بر رجوع اثری بار نیست، زیرا شوهر عرفاً امکان استفادهٔ از حق رجوع به نکاح را نیافته است.

۲۸۸. اهمیت این طلاق‌ها در حقوق کنونی:

فایدهٔ مهم طلاق خلع و مبارات ایجاد مانعی است که شوهر نتواند بدون رضای زن به طلاق رجوع کند. این فایده با تبصرهٔ مادهٔ ۸ قانون حمایت خانواده از بین رفته بود. زیرا، به حکم قانون شوهر تنها با توافق کتبی زن حق رجوع داشت و دیگر نیازی به استفاده از قالب خلع یا مبارات احساس نمی‌شد. ولی، در حقوق کنونی، مانعی که در راه رجوع مرد به طلاق ایجاد می‌شود مهم‌ترین فایدهٔ عملی این طلاق‌ها است.

چنان که گفته شد، در قراردادی که بین زن و شوهر بسته می‌شود، طلاق استقلال خود را حفظ می‌کند و ایقاع آن در برابر تملک فدیه قرار نمی‌گیرد. پس، تنها عوضی که شوهر در برابر بخشش زن می‌دهد، گذشتن از حق رجوع است و به همین جهت نیز هرگاه فدیه باطل باشد این حق به او بازمی‌گردد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که فایدهٔ این قالب حقوقی در اسقاط حق رجوع شوهر خلاصه می‌شود. احتمال دارد که زن برای راضی ساختن شوهر به توافق دربارهٔ طلاق یا از بین بردن حالت توارث از این وسیله استفاده کند و مالی را در این راه فدیه دهد: خواهیم دید که در طلاق‌های رجعی دست کم زن در حکم زوجهٔ شوهر است و از این موقعیت حقوقی آثار گوناگونی ناشی می‌شود و آزادی زن و شوهری را که از هم جدا شده‌اند محدود می‌سازد. پس، همیشه امکان دارد که آنان مایل نباشند که در قیود پیوند شکستهٔ خورده و نافرجام پیشین باقی بمانند و تنها وسیله‌ای که برای رهایی از این وضع دارند طلاق خلع و مبارات است.

قرائت و تمرین (۸)

آثار توافق در دادگاه برای طلاق خلع

زن و شوهری در دادگاه توافق می‌کنند که شوهر در برابر بذل مهر و نفقهٔ زمان عده زن را طلاق خلع دهد و زن وکیل شوهر در قبول فدیه باشد. بر مبنای همین توافق نیز دادگاه بر مبنای قانون حمایت خانواده گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند. شوهر با تسلیم گواهی شمارهٔ ۹/٤٥٥/٥١ شعبهٔ ٢٤ دادگاه شهرستان اجرای صیغهٔ طلاق را از دفتر ثبت طلاق می‌خواهد. صیغهٔ طلاق جاری می‌شود و در سند رسمی چنین می‌آید که نوع طلاق بائن و خلع است و «زوجین حاضر و با تسلیم یک برگ گواهی عدم امکان سازش... که مفادش حکایت از بذل مهر و نفقهٔ ایام عده از ناحیهٔ زوجه به زوج در قبال طلاق داشت که زوج قبول بذل نموده و به منظور اجرای مفاد گواهی مزبور خواستار انجام و اجرای صیغهٔ طلاق گردیدند...». ولی در چند سطر بعد در سند آمده است که: «... چون قرار بود زوجه نیز حاضر شود و حاضر نگردیده طبق اخطار شمارهٔ ٧٥- ٥١/١٠/١٦ به زوجه و عدم حضور به تقاضای زوج طلاق به صورت وقوع درآمده است و عنوان خلع دارد...»

پس از ثبت طلاق، زوجه ضمن اظهار نامه‌ای که برای سردفتر می فرستد اعلام می‌کند که از بذل مهریه و نفقهٔ ایام عده رجوع کرده است و بنابراین طلاق از این پس بائن نیست. در پیرو همین اعلام نسبت به نصف مهریهٔ او اجرائیه صادر می‌شود و صدور همین اجرائیه سرآغاز دو دعوای مختلف در دادگاه است:

۱. زوج توقیف و ابطال اجرائیه را درخواست می‌کند و در توجیه درخواست خود می‌نویسد که طلاق قبل از نزدیکی واقع شده و به همین جهت نیز زوجه تنها نسبت به نصف از مهریه تقاضای صدور اجرائیه کرده است. بنابراین، چون رجوع به فدیه در زمان عده برای مطلقه ممکن است و طلاق پیش از نزدیکی عده ندارد، زوجه حق نداشته است که از بذل مهر رجوع و برای مطالبهٔ آن اجرائیه صادر کند: به اضافه، موافقت با طلاق در برابر بذل مهر انجام شده و دادگاه بر مبنای همین توافق گواهی عدم امکان سازش صادر کرده است. پس، رجوع یک طرف از آنچه مبنای اصلاح قرار گرفته است با روح قانون حمایت خانواده منافات دارد.

۲. زوجه نیز ضمن دادخواستی ابطال سند طلاق شمارهٔ ۳۳۳-۵۱/۱۰/۲۳ را تقاضا می‌کند و، ضمن استناد به اعلام های متعارضی که در آن سند نسبت به حضور زوجه و اعلام باکره بودن او وجود دارد، استدلال می‌کند که، چون پیش از اجرای صیغهٔ طلاق نیز از بذل مهر خود صرفنظر کرده بوده‌ام، هنگام اجرای صیغهٔ طلاق، شرایط خلع فراهم نبوده است به اضافه، بر خلاف سایر طلاق‌ها که به صورت ایقاع از طرف شوهر انجام می‌شود، خلع نیاز به ایجاب و قبول دارد: بدین بیان که، زن بذل مال را در برابر طلاق پیشنهاد می‌کند و شوهر با قبول این پیشنهاد زن را طلاق خلع می‌دهد. در زمان اجرای صیغه چنین ایجاب و قبولی انجام نشده است، زیرا شوهر از طرف این جانب وکالت در بذل مهر و نفقه به خود را نداشته است و بر طبق گواهی عدم امکان سازش تنها من وکالت در قبول بذل فدیه از جانب شوهر را داشته‌ام.

این دو پرونده ضمیمهٔ یکدیگر شده و دادگاه شهرستان از نظر اختلاف در اصل وقوع طلاق آن را به دادگاه شرع فرستاده است. دادگاه شرع در مرحلهٔ ابتدایی چنین اظهار نظر می‌کند که:

«... طرفین طبق ورقهٔ عدم امکان سازش صادره از شعبهٔ ٢٤ دادگاه شهرستان مورخهٔ ۵۱/۷/۲۳ توافق به جدایی و طلاق می‌نمایند و نیز مفاد ورقهٔ مذکور حاکی از بذل مهر و نفقهٔ ایام عده از ناحیهٔ زوجه به زوج در قبال طلاق است و زوج با اینکه زوجه را وکیل کرده که خود را مطلقه نماید ولی خودش این کار را انجام داده و از حق شرعی و قانونی خود استفاده نموده، با توجه به اینکه زوجه بنا به اعتراف خودش غیر مدخوله بوده و نیز دلیلی که قبل از اجرای صیغهٔ طلاق رجوع به بذل نموده باشد از طرف او ارائه نگردیده لذا حکم به نفی رابطهٔ زوجیت فیمابین بانو... و آقای ... می‌شود و السلام علی من اتبع الهدی».

از این حکم تجدید نظر خواسته می‌شود. دادگاه تجدید نظر نیز ضمن دادنامهٔ شمارهٔ ۳۸۱-٥٤/۱۱/۲۸ وقوع طلاق را مسلم می شمارد ولی آن را خلع نمی‌داند و زوجه را، به دلیل حاضر نبودن در موقع اجرای صیغه و قاصد نبودن به بذل مال خود، مستحق مطالبهٔ مهریه می‌شناسد.

شعبهٔ ٢٤ دادگاه شهرستان بر مبنای آرای صادره از دادگاه بدوی و تجدید نظر شرع، ضمن دادنامه‌های شمارهٔ ١٥٦ و ۱۵۷ – ۱۳۵۵/۱/۲۹ چنین رأی می‌دهد:

«...با توجه به مندرجات پرونده، اولاً در مورد دعوای دوشیزه...، به در نظر گرفتن احکام صادره از دادگاههای بدوی و تجدید نظر شرع که وقوع طلاق را مسلم تشخیص داده‌اند لذا ادعای خواهان دعوای مذکور وارد و موجه نبوده محکوم به بطلان اعلام می گردد. ثانیاً در مورد دعوای آقای ... و به خواستهٔ ابطال اجرائیهٔ صادره از شعبهٔ ٥ اجرایی ثبت تهران، نظر به اینکه موضوع اجرائیه مطالبهٔ مهریهٔ مندرج در قبالهٔ نکاحیه و معادل نصف آن می‌باشد و نظر به

اینکه حسب مندرجات پرونده زوجه باکره و منکوحهٔ غیر مدخوله بوده که به استناد مادهٔ ۱۱۵۵ قانون مدنی ایام عده به علت عدم نزدیکی در مورد زوجه رعایت نمی‌گردد و نظر به اینکه رجوع بما بذل پس از اجرای صیغهٔ طلاق نسبت به زوجه با در نظر گرفتن مادهٔ ۱۱۵۵ قانون مدنی امکان‌پذیر نیست، چون به فرض قبولی حق رجوع بما بذل از طرف زوجه برای زوج حق رجوع به نکاح باقی نخواهد بود و نظر به اینکه رجوع بما بذل فرع بر اجراء صیغهٔ طلاق می‌باشد و ارسال نامه از طرف زوجه به دادگاه و دفترخانه قبل از وقوع طلاق غیر قابل ترتیب اثر است و نظر به اینکه رأی دادگاه تجدید نظر شرع بر استحقاق زوجه به مطالبهٔ مهریه با عنایت باینکه اصولاً دادگاه مذکور مرجع اظهار نظر در این خصوص نمی‌باشد و فقط صلاحیت اظهار نظر در خصوص اختلاف در نکاح و طلاق را دارد بنا به مراتب با توجه به جمع جهات فوق صدور اجرائیه به منظور وصول مهریهٔ استحقاقی زوجه موجه و قانونی نبوده و حکم بر بطلان اجرائیهٔ شمارهٔ ۲۳۵۱ ب / ۵ صادره از شعبهٔ ۵ اجراء ثبت تهران صادر و اعلام می‌گردد...».

از این حکم پژوهش خواسته می‌شود و شعبهٔ اول دادگاه استان مرکز به اکثریت آرای مستشاران ضمن دادنامهٔ شمارهٔ ۴۸۵- ۱۳۵۵/۹/٤ چنین رأی می‌دهد:

رأی دادگاه

«...بنا به فتوای رأی دادگاه تجدید نظر شرع تهران که باید در طلاق خلع زوجه حضور داشته و قاصد در بذل مهریه باشد و وقوع طلاق خلع بدون حضور زوجه و عدم قید وکالت از زوجه در بذل مهریه و عدم رعایت تشریفات مربوط به طلاق خلع که عبارت از بذل و قبول باشد نمی‌تواند طلاق خلع به صورتی که دادگاه بدوی بیان داشته است تلقی گردد و مؤیداً به اینکه قبل از وقوع طلاق مورد بحث زوجه در مقابل اخطار دفترخانهٔ شمارهٔ ٥٦ تهران شرحی نوشته و اظهار داشته است رضایت برای بذل مهریه ندارد و بنابراین وقوع طلاق به صورت خلع با بذل مهریه بدون آن‌که زوجه حاضر بوده و ذیل طلاقنامه و دفتر طلاق‌دهنده را امضا نماید صحیح نبوده بلکه همان‌طور که دادگاه تجدید نظر شرع استدلال نموده است، با توجه به قواعد قانون مدنی و اصول مقررات شرعی و اینکه گواهینامهٔ عدم امکان سازش صادر شده است، قبل از وقوع طلاق زوجه اعلام نموده اینجانب فعلاً از بذل صداق و سایرحقوقم منصرف هستم که دلالت دارد زوجه فقط از طلاق خلع و بذل مهریه منصرف بوده ولی در مورد گواهی عدم امکان سازش و وقوع طلاق به صورت دیگری مخالفتی نداشته است بنابراین طلاق واقع شده که به وسیلهٔ زوج انجام گردیده است طلاق غیر خلعی بوده که دادگاه تجدید نظر شرع زوجه را مستحق دریافت مهریه دانسته است و چون به شرح محتویات پرونده و

اظهارات زوجه در شعبهٔ ۲٤ دادگاه شهرستان تهران زوجه منکوحهٔ غیر مدخوله بوده و اصولاً مشارالیها هم فقط نسبت به نصف مهریه مبادرت به صدور اجرائیه نموده است بنا به مراتب مستحق دریافت نصف مهریه بوده و صدور رأی به ابطال اجرائیهٔ شمارهٔ ۲۳۵۱۰ ب /۵ از ناحیهٔ دادگاه بدوی و استدلال دادگاه بدوی بر اینکه طلاق واقع شده خلع و با بذل مهریه بوده است صحیح و قانونی به نظر نمی‌رسد و با اعلام فسخ دادنامهٔ بدوی رأی به وقوع طلاق و صحیح بودن اجرائیهٔ صادر شده نسبت به مطالبه یک میلیون ریال نصف مهریه صادر و اعلام می‌نماید...».

***

به گونه‌ای که ملاحظه می شود دادگاه شهرستان و استان در این مسائل با هم اختلاف نظر دارند. شما هم سعی کنید پاسخ درست آنها را، با توجه به آنچه تا کنون فراگرفته‌اید بیابید:

۱. اگر دو طرف دعوا دربارهٔ انجام دادن عمل حقوقی جایزی با هم صلح کنند و دادگاه دربارهٔ آن گزارش اصلاحی صادر کند، آیا یکی از آن دو می‌تواند به این استناد که عمل حقوقی پس از انجام نیز الزامی ایجاد نمی‌کند از اجرای آنچه در مصالحه به عهده گرفته است سرباز زند، یا بایستی گفت که جایز (برعکس لازم) بودن عمل حقوقی با لزوم ایجاد آن منافات ندارد و بنابراین متعهد باید آن را به جا آورد، هر چند که پس از انجام نیز حق رجوع از آن داشته باشد؟

پاسخ این پرسش شما را در این باره راهنمایی می‌کند که آیا زنی که با شوهر خود دربارهٔ فدیهٔ مهر در برابر طلاق خلع موافقت کرده است حق دارد پیش از اجرای تعهد از آنچه به عهده گرفته رجوع کند؟

منتها، در این دعوا باید توجه داشته باشید که، اگر همان گونه که شوهر ادعا می‌کند زن دوشیزه باشد، چون زن تنها در مدت عده حق رجوع به فدیه را دارد و در طلاق پیش از نزدیکی عده وجود ندارد، زن در صورت اجرای تعهد خود (فدیهٔ مهر) در برابر طلاق خلع دیگر حق رجوع به بذل را نیز نخواهد داشت.

۲. آیا توافق زن و شوهر، در این باره که طلاق خلع در برابر بذل مهر داده شود و زن وکیل شوهر در قبول بذل و دادن طلاق باشد، در قصد مشترک طرفین برای ایجاد التزام نسبت به هر دو بوده است یا، چنان که وکیل زوجه ادعا می‌کند، زن وظیفه‌ای برای حضور در محضر و بذل مهر و نفقه خود نداشته است؟

۳. آیا بر مبنای قانون حمایت خانواده و اصول حقوقی، نمایندگی صاحب دفتر یا نمایندهٔ دادگاه تنها در مورد اجرای صیغهٔ طلاق از طرف شوهر مستنکف است یا در مورد توافق‌های

اضافی، مانند بذل مهر و نفقه در برابر طلاق، نیز قابل اعمال است و عدم حضور زن در دفتر و امتناع از بذل فدیه نمی‌تواند مانع اجرای حکم شود؟

٤. آیا برای تحقق خلع توالی بین بذل فدیه و طلاق لازم است، یا فاصله افتادن بین آن دو خللی به طلاق یا وصف بائن بودن آن نمی‌رساند؟

اکنون باید به انتظار بود تا دیوان کشور به این پرسش‌ها چگونه پاسخ می‌دهد و آیا حقیقت قضایی دعوا را، چنان که گفته شد، تحلیل می‌کند یا با بی اعتنایی و استعمال عبارات مجمل و کلی، مانند این که «ایراد مؤثری نشده است» از آن می‌گذرد؟

۵. آیا زنی که عده ندارد پس از طلاق مستحق نفقه است؟ بنابراین، چگونه زن چیزی را که استحقاق نداشته به زوج به عنوان فدیه بخشیده است و چگونه است که دادگاهها در این باره هیچ نگفته‌اند؟

مبحث پنجم: آثار طلاق

۲۸۹. مبدأ این آثار:

در گفتارهای گذشته دیدیم که زن و شوهر باید برای درخواست طلاق به دادگاه رجوع کنند. دادگاه، پس از رسیدگی، هر گاه درخواست را موجه ببیند و از اصلاح آنان نومید شود، به تفاوت موارد اذن یا حکم به طلاق صادر می‌کند. اجرای این اذن یا حکم دادگاه در محضر انجام می‌شود و شوهر یا نمایندهٔ قانونی او صیغهٔ طلاق را با حضور دو مرد عادل می‌گوید.

بنابراین، درخواست طلاق و تصمیم دادگاه در باب اذن یا حکم به طلاق مقدمهٔ انحلال زناشویی است. طلاق عمل حقوقی تشریفاتی است که با گفتن صیغهٔ خاص انجام می‌شود و هیچ‌گاه اثر آن به گذشته سرایت نمی‌کند. تا لحظهٔ اجرای این صیغه، زن و شوهر در موقعیت سابق خود قرار دارند و عضو یک خانواده به شمار می‌آیند و از این تاریخ است که پیوند زناشویی پاره می‌شود و آثار طلاق بروز می‌کند.

تنها موردی که در درستی این قاعده تردید می‌شود، طلاق زوجهٔ غایب مفقودالاثر است: به موجب مادهٔ ۱۰۲۹ قانون مدنی: **«هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت مادهٔ ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می‌دهد».** پس، از قید اخیر این ماده که می‌گوید: «حاکم او را طلاق می‌دهد» ممکن است استفاده شود که در این حالت حاکم است که زن غائب را طلاق می‌دهد و، چون او ارادهٔ خویش را به صورت حکم بیان می‌کند، انحلال زوجیت با صدور حکم دادگاه انجام می‌شود و محضر طلاق را ثبت می‌کند (ش ۲۳۷).

خواندن صیغهٔ طلاق در حضور دو مرد عادل در صورتی لازم است که شوهر بخواهد زن را رها سازد، ولی جایی که دادگاه به طور مستقل تصمیم می‌گیرد رعایت هیچ تشریفاتی جز صدور حکم لازم نیست. با وجود این، احتیاط حکم می‌کند که این تردید نیز نادیده گرفته شود و طلاق با اجرای صیغهٔ خاص آن در حضور دو مرد عادل و به نمایندگی از سوی شوهر انجام پذیرد، چنان که رویهٔ دادگاه مدنی و خاص خانواده نیز چنین است.

۲۹۰. تقسیم مطالب:

آثار طلاق را در دو بخش جداگانه بررسی می‌کنیم:

در بخش نخست، آثار طلاق در رابطهٔ زن و شوهر مورد گفتگو است و وضع حقوقی زن در زمان عده معین می‌شود.

در بخش دوم، آثار جدایی همسران را دربارهٔ فرزندان آنان مطالعه و تکالیف پدر و مادر را دربارهٔ نگهداری از فرزندان و تأمین معاش آنها بررسی می‌کنیم.

گفتار نخست: آثار طلاق نسبت به زن و شوهر

۲۹۱. قطع رابطهٔ همسری:

به موجب مادهٔ ۱۱۲۰ قانون مدنی، در اثر طلاق، نکاح منحل می‌شود. از این پس رابطهٔ همسری بین زن و مرد از بین می‌رود. مرد می‌تواند زن دیگر اختیار کند و زن نیز، اگر از مواردی باشد که نگاهداری عده لازم است، پس از این مدت آزاد می‌شود و می‌تواند، به هر که می خواهد، شوهر کند.

با وجود این، قانونگذار نخواسته است که پیمان زناشویی یکباره گسیخته شود و زن و شوهر بی‌درنگ از هم جدا شوند و هر کدام راه مستقلی در پیش گیرند. زن اصولاً باید مدتی صبر کند و گاه مرد بایستی در زمان عده، وسایل گذران زن را فراهم سازد. موقعیت زن در طلاق رجعی و بائن به کلی تفاوت دارد، ولی مسألهٔ پرداخت مقرری ماهانه، که در مادهٔ ۱۱ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ برای نخستین بار پیش بینی شده، از آثاری است که به رجعی یا بائن بودن طلاق ارتباط ندارد. پس، آثار طلاق‌های رجعی و بائن و مقرری ماهانه را زیر سه عنوان جداگانه بررسی می‌کنیم:

۱. آثار طلاق رجعی

۲۹۲. وضع زن پیش از عده و بعد از آن:

پس از گذشتن عده، زن و شوهر سابق به هم بیگانه‌اند. رابطهٔ مالی و معنوی مهمی بین آنان وجود ندارد[۱]، هر کدام می‌تواند همسر تازه بگیرد و خانوادهٔ دیگری تشکیل دهد، و از این حیث بین طلاق بائن و رجعی تفاوتی موجود نیست. ولی، در زمان عدهٔ رجعی شوهر می‌تواند از طلاق رجوع کند. قانون هنوز زن را به دیدهٔ همسر می‌نگرد و احکام زوجه را بر او بار می‌کند. داشتن رابطهٔ نامشروع با چنین زنی در حکم داشتن رابطهٔ با زن شوهر دار است. نفقهٔ زن همچنان به عهدهٔ شوهر سابق است و در صورتی که یکی از دو همسر در زمان عده فوت کند دیگری از او ارث می برد ... و مانند اینها.

وجود احکام مربوط به توارث و انفاق این پرسش را به میان می‌آورد که، آیا طلاق رجعی نکاح را منحل می‌سازد و زن تابع احکام «زوجه» باقی می‌ماند، یا رابطهٔ همسری بعد از گذشتن عده قطع می‌شود و پیش از آن زن همسر شوهر است؟ به نظر می‌رسد که قانون مدنی راه حل اول را برگزیده و مطلقهٔ رجعیه را در حکم همسر دانسته است. زیرا در مادهٔ ۱۱۲۰ گفته شده است که «عقد نکاح ... به طلاق... منحل می‌شود» و به دشواری می‌توان ادعا کرد که مادهٔ ۱۱۲۰ تنها ناظر به طلاق بائن است. به اضافه، در بند ۲ از مادهٔ ۸ قانون امور حسبی یادآوری شده که «**زوجه که در عدهٔ طلاق رجعی است در حکم زوجه است**»[۲].

عادات اجتماعی ما نیز زنی را که طلاق داده شده همسر شوهر نمی‌داند و رسم نیست که چنین زنی در خانهٔ شوهر بماند و با او مانند رئیس خانواده رفتار کند. پس، باید گفت، با طلاق رجعی رابطهٔ همسری از بین می‌رود. ولی زن، تا جایی که با طبیعت طلاق منافات نداشته باشد، در حکم زوجه است. بنابراین، اگر در زمان عده زن و

---

۱. در طلاقی که در مرض متصل به موت داده می‌شود به طور استثنایی حکم میراث باقی می‌ماند. همچنین است در موردی که دادگاه حکم به پرداختن مقرری می‌دهد و مدت آن بیش از عده است.

۲. در فقه عامه نیز نسبت به اثر طلاق رجعی، اختلاف شده است: حنفی‌ها طلاق رجعی را رافع نکاح نمی‌دانند ولی شافعی‌ها اعتقاد دارند که با این طلاق نیز رابطهٔ زناشویی از بین می‌رود و پیش از رجوع مرد حق ندارد با زن نزدیکی کند یا از او بهرهٔ جنسی برد و رجوع باید به لفظ باشد، خواه صریح یا ضمنی (عبدالرحمن جزیری، فقه در مذاهب اربعه، ج ٤، ص ۲۸۷) .

شوهر با مَهری جدید دوباره ازدواج کنند، به نظر گروهی عقد باطل است و زن مالک مهر نمی‌شود، لیکن این اقدام در حکم رجوع از طلاق است، خواه شوهر آگاه از بطلان عقد باشد یا جاهل بر آن[۱]. ولی، از عبارات بعض از فقیهان[۲] استفاده می‌شود که نکاح درست است. این نظر، با مبنای قانون مدنی، که زن را در دوران عده در حکم زوجه می‌داند و رابطهٔ همسری را در اثر طلاق قطع شده می‌بیند، سازگارتر است.

برای تعیین موقعیت حقوقی زن در این دوره، رابطهٔ مالی و غیر مالی او را با شوهر سابق خود جداگانه مطالعه می‌کنیم:

۲۹۳. الف. رابطهٔ مالی زن و شوهر سابق در زمان عده:

رابطهٔ مالی زن و شوهر در زمان عده همچنان باقی می‌ماند، قانون مدنی مطلقهٔ رجعیه را در این دوره در حکم «زوجه» می‌داند. از این حکم سه نتیجهٔ مهم در روابط مالی طرفین گرفته می‌شود:

۱. شوهر مکلف است نفقهٔ زن را بپردازد، یعنی باید او را در خانه بپذیرد و وسایل گذرانش را فراهم سازد. ولی، همچنان که اشاره شد، مرسوم این است که زن و شوهر از هم جدا شوند و مرد نفقه را به صورت پول بپردازد. تکلیف مربوط به انفاق در صورتی است که طلاق در حال نشوز واقع نشده باشد(مادهٔ ۱۱۰۹ قانون مدنی). پس، اگر شوهر در حالی که زن از او تمکین نمی‌کند طلاق را واقع سازد تکلیفی در پرداختن نفقهٔ مدت عده ندارد.

ممکن است توهم شود که مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده در هر حال نفقهٔ زمان عده را بر عهدهٔ مرد قرار داده است و دادگاه لزومی ندارد که رجعی بودن طلاق و تمکین زن را در آن حال مورد رسیدگی قرار دهد. به موجب این ماده: «در کلیهٔ مواردی که گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود، دادگاه ترتیب نگاهداری اطفال و میزان نفقهٔ ایام عده را، با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین و مصلحت اطفال، معین می‌کند... نفقهٔ زوجه از عواید و دارایی مرد... استیفا خواهد گردید...».

---

۱. محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۴۳۰.

۲. علامهٔ حلی، تحریر (کتاب طلاق) ، ج۲، ص ۵۵.

ولی این توهم را به آسانی می‌توان رفع کرد. مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده در مقام تغییر احکام قانون مدنی در باب نفقهٔ زمان عده نیست. قانونگذار دادرس را مکلف ساخته است که دربارهٔ نفقهٔ زن تصمیم بگیرد و این حکم هیچ تعارضی با احکام اتفاق در قانون مدنی ندارد تا بتوان از نسخ ضمنی آنها طرفداری کرد. بنابراین، دادگاه ابتدا باید استحقاق زن را در گرفتن نفقه احراز کند و پس از آن دربارهٔ میزان نفقه و چگونگی استیفای آن از عواید و دارایی مرد تصمیم بگیرد.

با وجود این، پاره‌ای از دادرسان، بدون اینکه به موقعیت مادهٔ ۱۲ و ارتباط آن با قانون مدنی بیندیشند، مرد را در طلاق های باین نیز ملزم به دادن نفقهٔ زن می‌کردند. این توهم پس از تأیید قانون مدنی در اصلاحات بعدی به کلی از بین رفته است.

۲. به موجب مادهٔ ۹٤۳ ق.م. :**«اگر شوهر زن خود را به طلاق رجعی مطلقه کند، هر یک از آنها که قبل از انقضای عده بمیرد دیگری از او ارث می‌برد...»**

بنابراین، از حیث احکام ارث نیز، زنی که به طلاق رجعی رها شده در زمان عده در حکم زوجه است و، اگر زن یا مرد در این دوره بمیرد، قانونگذار طلاق را ندیده می‌گیرد و همسر سابق را وارث متوفی می‌داند. حکم توارث بین زوجین، بنا به ظاهر مادهٔ ۹٤۳ قانون مدنی، ناظر به موردی است که شوهر زن خود را طلاق دهد و زن خواستار طلاق نباشد. ولی، باید دانست که توارث از آثار طلاق رجعی است. در هر دو مورد سرانجام شوهر زن را طلاق می‌دهد و بین موردی که زن طلاق می‌گیرد یا شوهر مایل به طلاق دادن است تفاوتی وجود ندارد.

۳. زن و شوهر نمی‌توانند در دعاوی بین خود از ایراد مرور زمان استفاده کنند. در مادهٔ ۷۵۲ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین آمده بود که: «زوج و زوجه، مادامی که زوجیت باقی است، ... نمی‌توانند نسبت به یکدیگر از مرور زمان استفاده کنند». ولی، گفته شد که در عدهٔ طلاق رجعی زن در حکم زوجهٔ شوهر است و این موقعیت تا جایی که با انحلال نکاح منافات نداشته باشد، برای طرفین همان حقوق و تکالیف زن و شوهر را ایجاد می‌کند.

۲۹٤. طلاق زن غایب:

گفته شد که حاکم می‌تواند زن غایب مفقود الاثر را پیش از صدور حکم موت فرضی طلاق دهد (مادهٔ ۱۰۲۹ قانون مدنی). این طلاق، رجعی محسوب می‌شود، یعنی

اگر شخص غایب، پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای عده مراجعت نماید، می‌تواند از طلاق رجوع کنند.

منتها اشکال در این است که قانونگذار گاه این طلاق را به منزلهٔ انحلال نکاح به دلیل فوت شوهر انگاشته و زن را مکلف ساخته است تا عدهٔ وفات نگهدارد (مادهٔ ١١٥٦) و می‌دانیم که زن در عدهٔ وفات حق نفقه ندارد (مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی). پس، این پرسش مطرح می‌شود که آیا زن را باید در حکم «مطلقهٔ رجعیه» شمرد یا تابع احکام زنی که شوهر او مرده است؟

در پاسخ می‌توان گفت، هر چند مادهٔ ١١٥٦ قانون مدنی به دلایل تاریخی و به پیروی از فقها عده را به میزان عدهٔ وفات مقرر داشته، طبیعت آن عدهٔ طلاق است و تابع احکام ویژهٔ آن باقی می‌ماند. بنابراین، زنی که به دلیل غیبت شوهر از طرف حاکم طلاق داده می‌شود «مطلقهٔ رجعیه» است: در زمان عده حق گرفتن نفقه را دارد و احکام توارث بین او و غایب جاری می‌شود[1].

۲۹۵. ب. روابط غیر مالی:

قانون مدنی دربارهٔ روابط غیر مالی در زمان عده حکمی ندارد. قانون امور حسبی نیز، در مورد منع دادرس از مداخله در کار زوجهٔ خود، مطلقهٔ رجعیه را در حکم زوجه دانسته است. ولی، در حقوق امامیه، تمام احکام زوجه را بر او بار کرده‌اند: زن باید از شوهر خود تمکین کند و در خانهٔ شوهر بماند و مرد باید نفقهٔ خود را بپردازد و احکام توارث نیز همچنان دربارهٔ آنها جاری است.

دیدیم که قانون مجازات رابطهٔ با چنین زنی را در حکم رابطهٔ نامشروع با زن شوهردار دانسته و زنا و نکاح با او نیز، مانند زن شوهردار، ایجاد حرمت ابدی می‌کند. پس، از مجموع این احکام جزئی می‌توان چنین استنباط کرد که قانون مدنی از مبنای خود دور نیفتاده و مادهٔ ۸ قانون امور حسبی نیز به یک «قاعدهٔ کلی» اشاره کرده است:

---

۱. سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۳، مسألهٔ ۲۷ از عدهٔ وفات– محقق، شرایع الاحکام، کتاب طلاق، در فروع عدهٔ وفات – شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، کتاب طلاق – شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، کتاب طلاق، در فروع عده.

یعنی، جز دربارهٔ اموری که با طبیعت طلاق منافات دارد، مطلقهٔ رجعیه در حکم زوجه است.

بنابراین، زن باید به شوهر سابق خود وفادار بماند، تعلیمات مشروع او را در حفظ حیثیت خانواده بپذیرد، او را در تربیت فرزندان کمک کند و مرد نیز وظیفه دارد که با او در تربیت و نگاهداری فرزندان کمک کند و نمی‌تواند با خواهر این زن نکاح نماید یا بدون اذن دادگاه زن بگیرد... و مانند اینها.

برعکس، مرد حق ندارد پیش از رجوع با زن همخوابه شود و زن نیز وظیفه‌ای در تمکین خاص از شوهر ندارد و عرف نیز حسن معاشرتی را که از یک زن و شوهر توقع دارد برای این دو لازم نمی‌داند. اقامتگاه زن، اگر در خانهٔ زوج بماند، اقامتگاه شوهر است و تابعیت شوهر نیز همچنان بر او تحمیل می‌شود و در مقابل زن می‌تواند از نام خانوادگی شوهر تا پایان عده استفاده کند.

۲. آثار طلاق بائن

۲۹۶. قاعدهٔ جدایی کامل دو همسر:

در طلاق بائن، وضع زن و شوهر در زمان عده مانند وضع آنان پس از گذشتن این دوره در طلاق رجعی است. در اثر طلاق پیوند زناشویی به طور کامل گسیخته می‌شود. مرد می‌تواند بدون احتیاج به اذن دادگاه دوباره زن بگیرد، هیچ تکلیفی در پرداختن نفقه به زن ندارد؛ هرگاه بمیرد زن از او ارث نمی‌برد و ارث او را نیز به زن نمی‌دهند.[1]

همچنین زن مکلف است خانهٔ شوهر را ترک گوید و اگر عده نداشته باشد می‌تواند بی‌درنگ شوهر کند. در زمان عده نیز هیچ رابطهٔ معنوی و حقوقی با شوهر ندارد. اقامتگاه و نام خانوادگی واقعی خود را دارد و به دلخواه خود زندگی می‌کند.

این جدایی در دو مورد با استثنا روبرو شده است که باید جداگانه بررسی شود:

۱. نفقهٔ زن حامل؛

---

۱. همان طور که گفته شد، مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده دلالت بر این ندارد که نفقهٔ زمان عده در هر حال و حتی در طلاق بائن، به عهدهٔ شوهر است. قانونگذار در مقام نسخ مواد قانون مدنی و تغییر احکام طلاق بائن نبوده است و توهمی که پاره‌ای از دادرسان در این باب کرده‌اند ناشی از بی اعتنا بودن به اصول حقوقی و روح قوانین است.

۲. طلاق در مرض موت

۲۹۷. الف- نفقهٔ زن حامل؛ یادآوری:

به موجب بخش دوم مادهٔ ۱۱۰۹ قانون مدنی: «... **اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود، که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت**». بنابراین، زن حامل در طلاق بائن نیز تا پایان عده حق گرفتن نفقه دارد و، همان گونه که در گفتار مربوط به نفقه دیدیم، پولی که مرد از این بابت می‌پردازد برای تأمین معاش زن است نه حملی که در شکم او است. به همین دلیل، الزام شوهر تابع احکام مربوط به نفقهٔ زوجه است نه اقارب (ش ۱۲٤).

۲۹۸. ب- طلاق در مرض موت:

بر طبق مادهٔ ۹٤٤ ق.م: «**اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و در ظرف یکسال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد، زوجه از او ارث می برد، اگر چه طلاق بائن باشد، مشروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشد**»[۱].

حکم مادهٔ ۹٤٤ بر خلاف قاعدهٔ «جدایی کامل دو همسر در طلاق بائن» است و به همین دلیل باید به طور محدود تفسیر شود. بنابراین، اگر شوهر از بیماری حال طلاق بهبود یابد و بعد در اثر حادثه یا بیماری فوت کند یا اگر، با داشتن بیماری سابق، به مرض دیگری دچار شود و این مرض علت اصلی مرگ او باشد، زن از او ارث نمی‌برد. همچنین، حکم ارث ویژهٔ موردی است که مرد پیش از زن بمیرد، وگرنه، هر گاه زن ظرف یک سال و در حال مرض شوهر سابق خود فوت کند، شوهر از او ارث نمی‌برد.

پرسشی که به میان آمده این است که، آیا زن در هر حال از شوهر سابق ارث می‌برد یا حکم مادهٔ ۹٤٤ ویژهٔ موردی است که شوهر مایل به جدایی است و همسر خود را طلاق می‌دهد؟

---

۱. در فقه عامه نسبت به ارث بردن زن چهار نظر وجود دارد: ۱) شافعی‌ها که زن را وارث نمی‌دانند ۲)حنفی‌ها اعتقاد دارند اگر مرد بمیرد و زن هنوز در عده باشد ارث می‌برد ۳) مالکی‌ها می‌گویند زن بعد از عده و حتی در صورت شوهر کردن نیز ارث می‌برد ٤) حنبلی‌ها نظر داده‌اند که هر گاه موت شوهر پیش از شوهر کردن زن باشد ارث می‌برد، هر چند که بعد از عده باشد (محمد ابو زهره، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، ش ۱۸۰ مکرر).

از ظاهر ماده چنین بر می‌آید که باید پاسخ اخیر را برگزید و در صورتی که زن برای اجبار شوهر به دادگاه رجوع کند او را وارث نشمرد. زیرا، در این گونه موارد که مرد به حکم دادگاه ناچار از طلاق گفتن زن می‌شود یا مأمور دادگستری به نمایندگی از طرف او صیغهٔ طلاق را می‌خواند، نمی‌توان ادعا کرد که شوهر زن خود را طلاق داده است.

در تأیید این استنباط می‌توان گفت، حکم مادهٔ ۹٤٤ به خاطر جلوگیری از تقلب نسبت به قانون وضع شده و برای این است که شوهر نتواند، همین که پایان کار خویش را نزدیک دید، با طلاق گفتن زن، او را از میراث محروم سازد.

ولی، جایی که زن درخواست جدایی دارد و دادگاه شوهر را مجبور به طلاق می‌سازد، دیگر این نگرانی مورد ندارد. به بیان دیگر، در این گونه موارد، طلاق خواستهٔ مرد نیست، زن خواهان جدایی است و باید نتایج ناشی از آن را نیز متحمل شود.

اشکال در موردی بیشتر است که زن و شوهر در لزوم طلاق توافق دارند یا طلاق با تراضی به صورت خلع و مبارات انجام می‌شود. زیرا، از سویی می‌توان گفت، چون در این گونه موارد نیز مرد بدون این که اجباری داشته باشد زن را طلاق گفته است، زن را باید وارث شمرد. از سوی دیگر، ممکن است ادعا شود که مادهٔ ۹٤٤ برای جلوگیری از سوء استفادهٔ مردانی است که می‌خواهند زن را از میراث خود محروم سازند. پس، در موردی که زن نیز در طلاق با شوهر همداستان شده است، دیگر بیمی از خودسری شوهر و تجاوز او به قانون وجود ندارد و جایی برای حکم استثنایی مادهٔ ۹٤٤ باقی نمی‌ماند.

استدلال نخست قوی‌تر است، زیرا، با این که حکمت مادهٔ ۹٤٤ جلوگیری از تجاوز شوهر به قوانین میراث زوجه است، حکم این مادهٔ مقید به وجود قصد نامشروع شوهر نیست. اگر چنین بود، بایستی اثبات این امر که شوهر به دلایل دیگر زن را هنگام مرض طلاق داده است مانع از بطلان طلاق شود، در حالی که این نتیجه را هیچ حقوقدانی نمی‌پذیرد.

به بیان دیگر، قانونگذار نخواسته است طلاق در مرض متصل به موت را اماره بر قصد نامشروع شوهر قرار دهد و حکم وراثت زن را بر مبنای این اماره وضع کند؛ بیم

از تجاوز به قانون و لزوم پیشگیری از تمهید نامشروع شوهر او را بر آن داشته است که، برای این گونه طلاق‌ها قاعدهٔ موضوعی وراثت زن را وضع کند.[1]

۳. الزام به پرداخت مقرری

۲۹۹. حکم مادهٔ ۱۱ قانون حمایت خانواده در وضع کنونی:

به موجب این ماده: **«دادگاه می‌تواند به تقاضای هر یک از طرفین، در صورتی که صدور گواهی عدم امکان سازش مستند به سوء رفتار و قصور طرف دیگر باشد، او را با توجه به وضع و سن طرفین و مدت زناشویی به پرداخت مقرری ماهانهٔ متناسبی در حق طرف دیگر محکوم نماید، مشروط به این که عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد. پرداخت مقرری مذکور در صورت ازدواج مجدد محکوم له یا ایجاد درآمد کافی برای او یا کاهش درآمد یا عسرت محکوم علیه یا فوت محکوم له به حکم همان دادگاه حسب مورد تقلیل یافته یا قطع خواهد شد.**

در موردی که گواهی عدم امکان سازش به جهات مندرج در بندهای ۵ و ۶ مادهٔ ۸ صادر شده باشد، مقرری ماهانه با رعایت شرایط مذکور به مریض یا مجنون نیز تعلق خواهد گرفت، مشروط به این که مرض یا جنون بعد از عقد ازدواج حادث شده باشد و در صورت اعادهٔ سلامت به حکم دادگاه قطع خواهد شد».

حکم بند اول این ماده در صورتی که شوهر مایل به جدایی است و درخواست اذن به طلاق می کند، نسخ ضمنی شده است. زیرا، با رجعت به احکام قانون مدنی و از جمله مادهٔ ۱۱۳۳، هیچ گاه اذن دادگاه در وقوع طلاق مستند به سوء رفتار و قصور زن نیست؛ نتیجهٔ نا امید شدن از اصلاح بین زن و شوهر است. پس، شرط اجرای حکم مادهٔ ۱۱ در حقوق کنونی منتفی است. شوهر هر گاه بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق

---

۱. برای ملاحظهٔ تفاوت امارهٔ قانونی و قاعدهٔ موضوعی، رجوع شود به: ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی، ش ۹ به بعد. مشهور فقهای امامیه نیز حکم وراثت را منوط به موضوع آن (طلاق در مرض موت) دانسته‌اند و آن را مقید به ارادهٔ اضرار شوهر نمی‌سازند و عبارت محقق را که گفته است: «والوجه تعلق الحکم بالطلاق فی المرض لا باعتبار التهمه» تأیید می‌کنند(جواهر، جلد نکاح، کتاب طلاق – مسالک الافهام، ج ۲، کتاب طلاق – همچنین، ایضاح، شرح بر قواعد علامه، ج ۲، ص ۶۵). ولی از شیخ طوسی در استبصار و علامه در مختلف نقل شده است که حکم را مقید به قصد اضرار دانسته‌اند و صاحب ریاض، پس از نقل این اقوال، نظر شیخ و علامه را خالی از قوت نمی‌داند و با وجود این، به تابعیت از اکثریت، آن را نمی‌پذیرد.

دهد. اجرای این اختیار موکول به اذن دادگاه است. ولی، رسیدگی دادگاه محدود به ارجاع به داور و تلاش در جلوگیری از شقاق است: زن را محکوم به طلاق نمی‌کند و قصور و سوء رفتار او را مطرح نمی‌سازد.

ولی، در موردی که زن درخواست طلاق دارد نسبت به امکان الزام شوهر به حکم مادهٔ ۱۱ تردید به جای خود باقی است . زیرا، از یک سو می‌توان گفت، چون دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر نمی‌کند، موضوع حکم مادهٔ ۱۱ نیز منتفی نیست. زیرا، این گواهی در اصطلاح نویسندگان قانون حمایت خانواده، در جایی که زن درخواست طلاق دارد، به معنی حکم به اجبار شوهر به دادن طلاق است. پس، در حقوق کنونی نیز در هر مورد که مستند حکم سوء رفتار یا قصور شوهر یا بیماری و جنون او باشد، مادهٔ ۱۱ ق.ح.خ. مصداق پیدا می‌کند.

از سوی دیگر، می‌شود استدلال کرد که، در تبصرهٔ ۲ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص موارد طلاق به حکم قانون مدنی و احکام شرع بازگشته است و این به معنای نسخ ضمنی قانون حمایت خانواده در طلاق و تمام آثار و تبعات آن، از جمله مقرری است. به همین جهت، در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، مصوب ۱۳۷۱ نیز با این که در مقام بیان بوده است، از مقرری زن نامی نمی‌برد. رویهٔ قضایی از احتمال اخیر پیروی می‌کند و دادگاه‌های خانواده، دربارهٔ مقرری به سود زن، هیچ تصمیمی نمی‌گیرند و حق‌الزحمهٔ زن (تبصرهٔ ٦ مادهٔ واحده) را جانشین مقرری ساخته‌اند در حالی که باید پذیرفت که مقرری و الزام شوهر به پرداخت آن، به ویژه در مواردی که ناموجه بودن درخواست او احراز می‌شود نهاد مفیدی برای اجرای عدالت است. از نظر منطقی نیز سوءاستفادهٔ شوهر از اختیاری که قانون در مورد طلاق به او داده است، دست‌کم ضمان‌آور است و صدور حکم به مقرری ماهانه نماد خارجی و ابزار جبران خسارت ناشی از آن؛ بنابراین جای آن دارد که اندکی دربارهٔ ماهیت آن به بحث نظری بپردازیم:

۳۰۰. مفهوم مقرری و ارتباط آن با نفقه:

الزام به پرداخت مقرری از بند اول مادهٔ ۳۰۱ قانون مدنی پیشین فرانسه اقتباس شده است[1] و نویسندگان قانون حمایت خانواده نیز تغییرهایی در آن داده‌اند: از جمله این‌که در قانون مدنی فرانسه آمده بود، کسی که طلاق به درخواست او صادر می‌شود می‌تواند

---

۱. مقررات این ماده در اصلاحات ۱۹۷۵ تغییر کرده است و از اول ژانویهٔ ۱۹۷٦ مقررات جدید اجرا می‌شود.

محکومیت طرف دیگر را به پرداخت مقرری بخواهد. ولی در بند ۲ مادهٔ ۱۱ مقرری به سود کسی برقرار می‌شود که، به دلیل مرض یا جنون او، گواهی عدم امکان سازش به سود طرف مقابل صادر شده است.

باید دانست که قاعدهٔ مربوط به پرداخت هزینهٔ زندگی همسر در حقوق ما نیز سابقه داشته است. زیرا، الزام به پرداخت نفقهٔ زن در زمان عدهٔ طلاق رجعی نیز از همین فکر اخلاقی مایه می‌گیرد که هزینهٔ زندگی زنی که در زمان عده از شوهر کردن محروم است تأمین شود.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که این دو نهاد حقوقی یکسان است. زیرا با این که از مقرری ماهانه نیز به طور معمول زن استفاده می‌کند، تفاوت‌های اساسی بین آنها وجود دارد: چنان که نفقه، ویژهٔ زن در عدهٔ طلاق رجعی وگاه تا زمان وضع حمل است و، بدون این که نیاز به تصمیم قضایی و وابستگی به وضع مالی طرفین داشته باشد، به حکم قانون بر عهدهٔ مرد است. ولی مقرری ماهانه با حکم دادگاه معین می‌شود و وابسته به وضع مالی و سن و مدت ازدواج است و، چنان که خواهیم دید، مبنای حقوقی آن نیز انفاق نیست و نوعی مسؤولیت مدنی برای همسری است که در اثر تقصیر او زندگی زناشویی از بین رفته است.

با این همه، از مفاد قانون بر می‌آید که نفقهٔ زمان عده و مقرری قابل جمع نیست: یعنی دادگاه نمی‌تواند هم مرد را به دادن نفقه محکوم کند و هم او را به دادن مقرری ملزم سازد. زیرا زنی که نفقه می‌گیرد در دوران عده معیشت خود را به دست می‌آورد و «بی بضاعت» نیست.

۳۰۱. مبنا و طبیعت حقوقی:

گفته شد که طلاق رابطهٔ زناشویی را قطع می‌کند و تکالیفی را که زن و شوهر در برابر هم دارند از بین می‌برد. در عدهٔ طلاق رجعی، زن در حکم زوجه است ولی، پس از پایان مدت، زن و شوهر نسبت به هم بیگانه‌اند. بنابراین، همیشه این پرسش مطرح می‌شود که مبنای الزام به دادن مقرری دربارهٔ کسی که طلاق مستند به تقصیر او است یا درخواست جدا شدن از همسر بیمار یا دیوانهٔ خود را کرده است چیست؟ مقرری به چه عنوان پرداخته می‌شود؟ آیا نفقهٔ همسر بیگناه است، یا جبران خسارتی که در نتیجهٔ

تقصیر محکوم علیه و گسیخته شدن رابطهٔ زناشویی بر او وارد شده است، یا کیفری که قانونگذار برای همسر خطاکار به سود دیگری مقرر داشته است؟

هر یک از این نظرها در حقوق فرانسه پیروانی دارد، ولی آنچه بیشتر طرفدار یافته و رویهٔ قضایی نیز از آن الهام گرفته است، نظری است که بارتن و ریپر ابراز داشته‌اند[1].

به موجب این نظر، چون رابطهٔ زوجیت در اثر طلاق از بین می‌رود، مبنای الزام به دادن مقرری نمی‌تواند تکالیف ناشی از نکاح باشد. این الزام برای همسری مقرر می‌شود که در نتیجهٔ تقصیر او رابطهٔ زناشویی از بین رفته است، یعنی مسؤولیتی است که در نتیجهٔ این خطا برای او ایجاد می‌گردد. در نتیجهٔ نکاح، این حق برای هر یک از زن و شوهر ایجاد می‌شود که در آسایش همسر خود شریک باشد و از یاری او بهره‌مند شود. ولی تقصیر او ناگهان باعث قطع این رابطه و محروم شدن از حمایت و همکاری دیگری می‌شود. در نتیجهٔ برهم خوردن این موقعیت خساراتی به بار می‌آید که باید به وسیلهٔ همسری که باعث آن شده است جبران شود و الزام به دادن مقرری به همین منظور است.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که قاعدهٔ مربوط به دادن مقرری یکی از مصداق‌های اصل لزوم جبران خسارت ناشی از تقصیر است. زیرا اجرای آن منوط به نیاز همسر بیگناه و توانایی مالی مقصر است. پس، باید پذیرفت که مقرری هر دو وصف را دارد: مسؤولیت مدنی ناشی از تقصیری است که باعث برهم خوردن رابطهٔ زوجیت شده، ولی موضوع مسؤولیت تنها پرداخت نفقه‌ای است که در نتیجهٔ محروم شدن از معاضدت همسر از دست رفته است.

پذیرفتن نظریهٔ یاد شده در حقوق ما با این اشکال اساسی روبرو است که در زمان نکاح نیز شوهر نمی‌تواند در هیچ حالتی از زن نفقه بخواهد. شوهر مستمند نیز مکلف به دادن نفقهٔ زن ثروتمند و بی نیاز است. پس، چگونه می‌توان گفت مقرری که به سود شوهر برقرار می‌شود جبران خسارتی است که در نتیجهٔ محروم ماندن معاضدت همسر در تأمین معاش خود متحمل شده است؟

---

۱. ابری ورو، ج ٤، چاپ پنجم به وسیلهٔ بارتن، ش ٤٨٠، یادداشت ش ۳۲ – ریپر، دالوز ۱۹۲۸، ۱، ۵- ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۰۸۳- و به پیروی از آنان، ابری و رو، چاپ ششم به وسیلهٔ اسمن، ص ۲۲۸ – کولن و کاپیتان و لاموراندیر ج ۱، ش ۱۲۰۷ – بودان و بروتن، ج ۳، ش ۵۸۵ به بعد – پلنیول و ریپر و اسمن، ج ٦، ش ٦۳۷.

به اضافه، مخلوط کردن اوصاف خسارت و نفقه در توضیح ماهیت مقرری، هیچ راه حلی را در مسائل گوناگون ارائه نمی‌کند. زیرا، هر کس می‌تواند برای عقیدهٔ خود به یکی از این دو وصف استناد کند و نتیجهٔ مطلوب را بگیرد.[۱]

پیوندی که قانونگذار برای حمایت از زن به نظام حقوقی ما زده است با هیچ یک از اصول شناخته شده و مرسوم تناسبی ندارد: الزام به دادن مقرری با تکلیف مربوط به انفاق بین زوجین ارتباط ندارد. زیرا، نه تنها برای زمانی ایجاد می‌شود که، بنا به فرض، رابطهٔ زناشویی از بین رفته است، برای زن و شوهر نیز یکسان مقرر شده است[۲].

این الزام با قواعد عمومی مسؤولیت مدنی نیز سازگار نیست. زیرا به تناسب وضع و سن طرفین و مدت زناشویی تعیین می‌شود و تابع وضع مالی طرفین است. تنها تحلیلی که می‌توانست تابعیت میزان مقرری را از وضع مالی آنان توجیه کند، تحلیل ریپر و بارتن بود که آن هم با مفهومی که معاضدت بین زوجین در حقوق ما دارد سازگار نیست. پس، ناچار باید آن را الزامی اصیل و خاص شمرد که از طلاق ناشی می‌شود.

مبنای این الزام بدون تردید رفع ضرر نامشروع از محکوم له است و دلیل نامشروع بودن آن نیز کار ناشایستهٔ کسی است که طلاق را باعث شده است: در بخش نخست مادهٔ ۱۱ این نکته آشکارا دیده می‌شود. زیرا الزام به دادن مقرری بر کسی تحمیل می‌شود که صدور گواهی عدم امکان سازش مستند به سوء رفتار و قصور او بوده است. ولی، در بخش دوم، که همسر دیوانه و بیمار خواستار جدایی از او است، توجیه ناشایسته بودن کار کسی که طلاق را باعث شده است به آسانی امکان ندارد.

چنان که بارها گفته شد، حقوق انتظار فداکاری از اشخاص ندارد و، چون انسان متعارف نمی تواند با دیوانه و بیمار زندگی کند، به همسر این گونه اشخاص حق داده است که درخواست طلاق کند. ولی، اخلاق این اقدام را ناشایسته می‌داند و همسر دیوانه و بیمار را مکلف به پرستاری از او می‌بیند. همین ناشایستگی اخلاقی باعث شده است که قانونگذار، از حیث امکان الزام به دادن مقرری، درخواست‌کنندهٔ طلاق را در حکم مقصر شناسد و بدین ترتیب منع اخلاقی و اختیار حقوقی را با هم جمع کند.

---

۱. مارتی و رینو، ج ۱، ش ٦٣٤.

۲. شاید به همین ملاحظه نیز نویسندگان قانون از به کار بردن اصطلاح نفقه پرهیز کرده‌اند و لغت «مقرری» را به جای آن بکار برده‌اند.

فکر جبران ضرر بی تردید مبنای مادهٔ ۱۱ قرار گرفته است. منتها، راهی که قانونگذار برای تحقق این فکر اندیشیده از مصلحت‌بینی بیش از اصول حقوقی مایه گرفته است. حکمی را که در نهان تنها برای حمایت از حقوق زن فراهم آورده است، برای تظاهر به رعایت عدالت، در مورد شوهر نیز اجرا کرده است و ابهام ها از همین تصنع ناشی می‌شود. در واقع، جبران ضرر نامشروع به عنوان حکمت مادهٔ ۱۱ باقی مانده و در چگونگی وضع قواعد اثر مهمی نکرده است و به همین جهت نیز گفته شد که باید الزام مربوط به دادن مقرری را به عنوان «اثر طلاق» مورد مطالعه قرار داد.

۳۰۲. مقرری در زمان عدهٔ طلاق رجعی:

با این که مقرری ماهیت خاص دارد و نهادی مستقل از نفقهٔ زوجه است، این دو الزام با هم قابل جمع نیستند: یعنی، برای زمانی که زن در عدهٔ طلاق رجعی است نمی‌توان مقرری معین کرد. زیرا، در این دوران در حکم زوجه است و نفقهٔ او را شوهر می‌پردازد.

گفته شد که مبنای الزام به دادن مقرری جبران ضرر نامشروعی است که همسر بیگناه در اثر طلاق متحمل می‌شود. در دوران عدهٔ رجعی هیچ ضرری به زن نمی‌رسد. وضع حقوقی او مانند پیش از طلاق است و نیازهای مادی او بوسیلهٔ شوهر تأمین می‌شود.

به اضافه، به موجب مادهٔ ۱۱ قانون حمایت خانواده، یکی از شرایط صدور حکم به مقرری تنگدستی درخواست کننده است و این شرط در مورد زنی که در عدهٔ طلاق رجعی است وجود ندارد و نفقهٔ او از راه دیگری تأمین می شود.

۳۰۳. مقرری و خسارات ناشی از تقصیری که منتهی به طلاق شده است:

هر چند که در قوانین ما این امر به صراحت پیش‌بینی نشده است، به موجب مادهٔ اول قانون مسؤولیت مدنی، هر کس و از جمله همسر شخص که از تقصیر او زیان دیده است، می‌تواند جبران آن را از دادگاه بخواهد. گاه به وسیلهٔ طلاق این زیان به طور کامل جبران نمی‌شود و در این مورد است که درخواست جبران خسارت به عنوان متمم طلاق مجوز پیدا می‌کند.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود: آیا همسری که مقرری ماهانه به سود خود به دست آورده است، می‌تواند از بابت تقصیر مستند طلاق خسارت بخواهد؟

پاسخ این است که مقرری تنها خسارت ناشی از طلاق یا تقصیر مستند آن نیست. ولی، چون به هر حال مخارج زندگی همسر بی‌گناه را تأمین می‌کند، دیگر از این بابت نمی‌توان خسارتی مطالبه کرد. لیکن، خسارات دیگر، مانند زیان‌های معنوی ناشی از توهین و روابط نامشروع با دیگران، با گرفتن مقرری جبران نمی‌شود و قابل مطالبه است.

قرائت و تمرین (۹)

طلاق در مرض متصل به موت

گفته شد که به موجب مادهٔ ۹٤٤ قانون مدنی، اگر شوهر بیماری زن خود را طلاق دهد و ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد، زن از او ارث می‌برد، مشروط بر این که شوهر نکرده باشد. ولی، آنچه در قانون نیامده و راه حل آن را باید در رویهٔ قضایی و عقاید علمای حقوق جستجو کرد این است که، هر گاه زن درخواست کنندهٔ طلاق باشد یا طلاق به صورت خلع و مبارات و با شرکت و توافق زن انجام گیرد، آیا حکم وراثت برای زن باقی می‌ماند یا بایستی آن را ویژهٔ موردی شناخت که شوهر، بدون رضایت زن، او را طلاق دهد؟

در فقه امامیه، نسبت به این موضوع اختلاف شده است: جمعی مانند محقق و صاحب جواهر (جلد نکاح، کتاب طلاق) به استناد اخبار رسیده از معصوم برای زن در این مورد ارثی نمی‌شناسد و بعض دیگر، مانند شهید ثانی در مسالک (ج ۲، کتاب طلاق) و شرح لمعه (ج ۲، ص ۱٦۲) و شیخ طوسی (خلاف ، ج ۲، ص ٤٥٦) بر طبق قاعدهٔ کلی زن را تا یک سال وارث می‌دانند.

فقیهان عامه نیز در این باره اتفاق نظر ندارند: حنفی‌ها، هر گاه طلاق بائن در مرض موت واقع شود و شوهر در زمان عده فوت کند، زن را در صورتی وارث می‌شمارند که طلاق به درخواست او انجام نگرفته باشد. ولی از مالک و ابن ابی‌لیلی نقل شده است که گفته‌اند، اگر در این صورت مرگ شوهر بعد از عده نیز رخ دهد، زن ارث می‌برد[1].

در موردی که زن و شوهر با توافق درخواست طلاق دارند بین دادگاهها اختلاف شده است و دادنامهٔ شمارهٔ ۳/۱٦٤ شعبهٔ سوم دیوان عالی کشور، که با حذف اسامی طرفین دعوا و دادرسان در زیر آورده می‌شود، نمونه‌ای از این اختلاف را نشان می‌دهد. در این دادنامه، دیوان کشور حکم شعبهٔ اول دادگاه استان چهارم را (که زن را به دلیل این‌که درخواست کنندهٔ گواهی عدم امکان سازش بوده است وارث نمی داند) نقض کرده است:

---

۱. شیخ محمد کامل طرابلسی حنفی، الفتاوی الکاملة فی الحوادث الطرابلسیه، چاپ افغانستان، ص ۳۲.

خلاصهٔ جریان پرونده:

ابتدا فرجام‌خواه دادخواستی به خواستهٔ چهارصد هزار ریال با قید کلمهٔ (عجالتاً) به طرفیت فرجام‌خوانده تقدیم دادگاه شهرستان رضائیه نموده و چنین دعوا کرده است: «من زوجهٔ دائمی بوده و در ۲۳ مرداد ۵۱ در مرض موت که سه سال ادامه داشته طلاقم داده و طبق مقررات مادهٔ ۹٤٤ قانون مدنی مستحق سهم الارث می‌باشم و ترکهٔ متوفی کلاً در تصرف خوانده است. لذا تقاضا می‌کنم گواهی اعطا شود تا صورت اموال غیر منقول از ادارهٔ ثبت و از بانکهای رضائیه صورت موجودی بانکی و شمارهٔ اجرای ثبت برای تحصیل مطالبات اجرا شده و در جریان اجرای متوفی تهیه و تقدیم شود. لذا به استناد فتوکپی طلاقنامه، و گواهی ادارهٔ آمار راجع به تاریخ فوت استشهاد محلی تقاضای رسیدگی و صدور حکم به سود خود را دارم.

خوانده پاسخ داده استناد به مادهٔ ۹٤٤ قانون مدنی از طرف خواهان بی‌مورد است و شرایط مندرج در مادهٔ مزبور اساساً در مورد جمع نیست. چگونگی بیماری و ادامهٔ آن و عدم بهبودی ثابت نیست، به علاوه خواهان شخصاً تقاضای طلاق کرده و شوهر او را طلاق نداده است. دعوا برای اخاذی طرح شده و طرح آن نیز از جهت این‌که به طرفیت کلیهٔ وراث اقامه نشده قابل استماع نمی‌باشد.

دادگاه پس از رسیدگی و ملاحظهٔ پروندهٔ حمایت خانواده به استدلال این‌که ادعای خواهان از مصادیق مادهٔ استنادی نیست رأی به رد دعوا صادر نموده (۳۸۰٦-۵۲/۱۲/٦).

خواهان از این رأی پژوهش خواسته و با ایراد به نظر دادگاه بدوی راجع به عدم انطباق مورد با مادهٔ ۹٤٤ قانون مدنی و اشاره به شهادت شهود راجع به بیماری متوفی و استمرار آن علاوه نموده: گرچه دادگاه حمایت خانواده گواهی عدم سازش صادر کرده ولی شوهر خود شخصاً در دفترخانه حضور به هم رسانده و طلاق‌نامه را امضا کرده است. پزشک معالج هم بیماری و ادامهٔ بیماری را گواهی نموده است.

رسیدگی در شعبهٔ اول دادگاه استان چهارم انجام و اعتراضات پژوهش‌خواه وارد تشخیص نشده و با استدلال این‌که مادهٔ ۹٤٤ قانون مدنی ناظر به مواردی است که شوهر خودش زن را در حال مرض طلاق دهد و در ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد و حال آن‌که مطابق پروندهٔ دادگاه حمایت خانواده متقاضی گواهی عدم امکان سازش زوجه است و نه زوج و دادنامهٔ پژوهش‌خواسته نتیجتاً استوار گردیده است(۳٤-۵٤/۱/۲۸)

بانو سارا از این رأی فرجام خواسته و به خلاصه چنین ایراد نموده: «استدلال دادگاه به اینکه خواستار طلاق خود فرجام‌خواه بوده و بنابراین مورد با مادهٔ ۹٤٤ قانون مدنی انطباق ندارد صحیح نیست، زیرا علت خواستن طلاق ایذا و اذیتی بوده که از طرف فرجام‌خوانده به مشارالیها وارد می‌شود و در دادگاه حمایت خانواده گفته‌ام اگر او از ما جدا زندگی کند من از

شوهرم جدا نمی‌شوم دیگر این‌که مادهٔ ۹٤٤ تنها مطلق طلاق دادن را پیش‌بینی کرده وشرایطی نسبت به آن پیش‌بینی نکرده است. شوهرم بعد از یک سال از تاریخ طلاق به همان بیماری فوت کرده است و فرجام‌خوانده ابرام حکم را خواستار شده است.

هیأت شعبه ... پس از قبول دادخواست فرجامی و استماع عقیدهٔ آقای ... دادیار دیوان عالی کشور مبني بر نقض مشاوره نموده چنین رأی می‌دهند:

«رأی دیوان عالی»

«رأی فرجام‌خواسته به نحوی که استدلال شده مخدوش و قسمتی از اعتراضات فرجامی بالمآل وارد بنظر می رسد. زیرا، علاوه بر این‌که مطابق مادهٔ ۹٤٤ قانون مدنی در مورد طلاق بائن هم، چنانچه شرایط مصرح در آن ماده موجود باشد، زوجه از زوج خود ارث می‌برد و وقوع طلاق به درخواست زوجه، طلاق را از صورت بائن بودن آن خارج نمی‌سازد، به حکایت مندرجات پروندهٔ دادگاه حمایت خانواده که مورد ملاحظه قرار گرفته، پس از این‌که زوجه درخواست گواهی عدم امکان سازش تقدیم داشته زوج و زوجه در جلسهٔ رسیدگی دادگاه تراضی به ارجاع امر به داوری نموده‌اند و پس از اظهار نظر داوران بر وجود اختلاف خانوادگی میان زوجین و مقدور نبودن ادامهٔ زندگی مشترک آنان و توافق مشارالیهما به این‌که مبلغی اقساط به زوجه پرداخت بشود نامبردگان نظریهٔ داوران را قبول نموده‌اند و بالجمله گواهی عدم امکان سازش بر طبق رأی داور و موافقت طرفین و به استناد مادهٔ ۹ قانون حمایت خانواده صادر گردیده، زوج طلاقنامه را امضا نموده و در طلاقنامهٔ مزبور طلاق رجعی نوبت اول قید و در شرح آن موجب طلاق عدم توافق اخلاقی زوج و زوجه ذکر شده است. بنابراین، رأی فرجام‌خواسته که بدون توجه به مراتب مذکور صادر شده به تجویز مادهٔ ۵۵۹ قانون آئین دادرسی مدنی نقض می‌شود و رسیدگی مجدد به شعبهٔ دیگر دادگاه استان چهارم محول می گردد».

گفتار دوم : آثار طلاق نسبت به اطفال

۳۰٤. حضانت:

نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است(مادهٔ ۱۱٦۸ ق.م.). تا زمانی که این دو با هم به سر می‌برند، باید در تربیت اولاد یکدیگر را یاری کنند و این بار را به اشتراک بر دوش کشند، ولی همین که نکاح منحل شد، این پرسش به میان می‌آید که کدام یک را باید مقدم شمرد؟

قانون مدنی در این باب قاعدهٔ کلی وضع کرده بود؛ بدین معنی که، جز در موارد استثنایی، مادر تا دو سالگی پسر و تا سن ۷ سال برای دختر مقدم بر پدر باشد و از آن پس پدر حضانت طفل را به عهده بگیرد(مادهٔ ۱۱٦۹ ق.م.). در تدوین این ماده مصلحت طفل بیشتر مورد نظر است تا عواطف پدر و مادر: بی‌گمان کودک در دوران شیرخوارگی و پیش از رفتن به مدرسه، به دلسوزی و مهربانی مادر بیش از راهنمایی‌های پدر نیاز دارد. ولی، پس از این دوره، به طور معمول پدر بهتر می‌تواند او را با زندگی اجتماعی آشنا سازد. پس، منطقی است اگر سرپرستی طفل در دوران نخست با مادر و در مرحلهٔ دوم با پدر باشد.

منتها، عاملی که در این باب به حساب نیامده توجه به خواسته های کودک و وضع روحی او است که قاعده‌بردار نیست و باید در هر دعوا جداگانه مورد توجه قرار گیرد. در روان‌شناسی، این گونه وازدگی‌ها و افسردگی‌ها در صدمه به شخصیت و رشد روحی کودک اهمیت فراوان دارد و باید به شدت از آن پرهیز کرد. در قانون حمایت خانواده از تمهید قاعده صرف‌نظر شد و دادرس اختیار پیدا کرد تا «با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین و مصلحت اطفال» در هر مورد خاص تصمیم شایسته بگیرد. مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده، در موردی که زن و شوهر از هم جدا می‌شوند، بر اختیار دادرس افزود. زیرا، دادگاه می‌توانست در این باره با آزادی بیشتر مصلحت‌اندیشی کند و طفل را به کسی که از نظر مالی و اخلاقی شایسته‌تر است بسپارد. این آزادی به معنی خود کامگی دادرس نیست؛ در این حد است که، برای گرفتن کودکی از مادر یا پدر می‌تواند تمام مصالح معنوی و مادی دور و نزدیک طفل را در نظر آورد و مصلحت‌اندیشی او تنها در چارچوب «عدم مواظبت از طفل» و «انحطاط اخلاقی» پدر و مادر دور نمی‌زند و لازم نیست که «صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی

طفل در معرض خطر باشد»(مادهٔ ۱۱۷۳ ق.م.). دادگاه در انتخاب بین پدر یا مادر تنها برای رفع ضرر از طفل تصمیم نمی‌گیرد؛ حق انتخاب بین خوب و بهتر را نیز دارد و می‌تواند مصحلت والاتر را برگزیند.

این اختیار وسیع از مفاد مادهٔ ۱۳ قانون حمایت خانواده نیز به خوبی برمی‌آید. به موجب این ماده: **«در هر مورد حسب اعلام یکی از والدین یا اقربای طفل یا دادستان یا اشخاص دیگر تشخیص شود که تغییر در وضع حضانت طفل ضرورت دارد (اعم از این‌که قبلاً تصمیمی در این مورد اتخاذ شده یا نشده باشد) و یا به طریق اطمینان بخشی ترتیب نگاهداری و حضانت طفل داده نشده باشد، دادگاه پس از رسیدگی حضانت طفل را به هر کسی که مقتضی بداند محول می‌کند و هزینهٔ حضانت به عهدهٔ کسی است که به موجب تصمیم دادگاه مکلف به پرداخت آن می‌شود».**

اختیار دادرس در رعایت همهٔ مصالح و ضرورت‌هایی که شایسته‌ترین فرد را برای حضانت طفل معین می‌کند، با مفاد اماره‌های پیش‌بینی شده در مادهٔ ۱۱۶۹ قانون مدنی تعارض دارد. زیرا، معنی اماره‌های یاد شده این است که حق تقدم پدر یا مادر، تا جایی که صحت جسمی یا تربیت اخلاقی طفل در نتیجهٔ عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی کسی که حق تقدم با اوست به خطر نیفتاده است، باید محفوظ بماند. در حالی که اختیار دادرس در قانون حمایت خانواده چنین محدودیتی ندارد. پس، باید پذیرفت که مادهٔ ۱۱۶۹ قانون مدنی از نظر پدر یا مادر در دورانی که خانواده منحل می‌شود در قانون حمایت خانواده به تخصیص برخورده بود. به همین جهت، حفظ مفاد مادهٔ ۱۱۶۹ در اصلاح سال ٦١ این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا تخصیص یاد شده هنوز هم باقی است یا قانون مدنی حکومت مطلق دارد؟ باید پذیرفت که مفاد قانون مدنی، به ویژه در مورد حق تقدم مادر دربارهٔ طفل شیرخوار، چنان با طبیعت امور و حکم غالب نزدیک است که در عمل همیشه سایه‌ای بر سر تصمیم دادگاهها داشته است. زیرا، باید دلایل قاطعی وجود داشته باشد تا بتوان طفلی را از آغوش مادر جدا کرد یا پدری را از سرپرستی فرزند چهارده‌سالهٔ خود محروم ساخت.

مادهٔ ۱۱٦۹ ق.م. در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ اصلاح و بدین بحث پایان بخشید: مادهٔ ۱۱٦۹ اصلاحی و تبصرهٔ آن بدین شرح است: **«برای حضانت و نگاهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است .**

تبصره: بعد از هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می باشد».

ممکن است گفته شود: در این ماده، حق تقدم مادر تا هفت سالگی کودک شناخته شده است. ولی، در مورد پدر، حضانت در صورتی پس از هفت سال به او می‌رسد که مادر راضی باشد، زیرا در صورت حدوث اختلاف، دادگاه بر مبنای مصلحت طفل تصمیم می‌گیرد. ولی باید توجه داشت که از جمع حکم مادهٔ ۱۱۶۹ و تبصرهٔ آن چنین برمی‌آید که پس از هفت سالگی پدر مقدم بر حضانت است، مگر این که مادر مدعی عدم لیاقت یا توانایی او یا به خطر افتادن سلامت و مصلحت کودک شود و تنها عدم رضایت او کافی نیست. در این صورت است که دادگاه باید تصمیم بگیرد.

۳۰۵. نفقه:

تا زمانی که زن و مرد به عنوان دو همسر زندگی می‌کنند، تأمین معاش این گروه به عهدهٔ شوهر است. در قانون مدنی، تکلیف پدر بعد از طلاق نیز همچنان باقی می‌ماند و فقط در صورت فوت پدر یا ناتوانی مالی او و جد پدری، مادر عهده‌دار نفقهٔ طفل است(موارد ۱۱۷۲ و ۱۱۹۹)[1]. ولی درمادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده مقرر شده است که: **«نفقهٔ اولاد... از عواید و دارائی مرد یا زن یا هر دو حتی از حقوق بازنشستگی استیفاء خواهد گردید...».**

بنابراین، دادگاه می‌توانست، با توجه به وضع مالی پدر و مادر، نفقه را به عهدهٔ یکی از آنان یا هر دو قرار دهد. منتها، باید در صورت امکان مقررات قانونی مدنی را رعایت کند و به طور کلی پدر را مقدم دارد، مگر این که دلایل ویژه‌ای تجاوز از این قاعده را موجه سازد[2]. در این باره و اعتبار کنونی این حکم بحث مفصل را به مجلد دوم همین کتاب وامی‌گذاریم. زیرا، مسائل مربوط به انفاق فرزندان در شمار و از آثار اصلی رابطهٔ آنان با پدر و مادر است و این بحث در طلاق جنبهٔ فرعی دارد.

---

۱. محقق قمی دربارهٔ امکان الزام مادر به دادن نفقه، می‌نویسد: «هر گاه طفل از خود مال نداشته باشد و پدر هم عاجز از انفاق باشد و جد پدری هم مؤثر نباشد و مادر هم مليه و مؤسره باشد بر او نفقهٔ اطفال واجب است» (جامع‌الشتات، ص ٤٢٣).

۲. از ظاهر مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده چنین برمی‌آید که دیگر جد پدری از حیث پرداختن نفقهٔ طفل مقدم بر مادر نیست و در مرحلهٔ نخست هزینهٔ زندگی کودک را باید پدر و مادر او عهده‌دار شوند. این حکم با عرف کنونی جامعهٔ ما سازگاری بیشتر دارد. مادری که از خود درآمد کافی دارد روا نیست که هزینهٔ پرورش یا آموزش فرزند را بر عهدهٔ پدر بزرگ قرار دهد. از سوی دیگر، در برابر ولایتی که جد پدری دارد، تحمیل مخارج طفل بر او نیز ناعادلانه به نظر نمی‌رسد.

فصل سوم

بذل مدت در نکاح منقطع

۳۰۶. بذل مدت و انقضای آن:

گفته شد که در حقوق ما ممکن است نکاح موقت باشد (ش۵۳): نتیجهٔ موقت بودن پیوند زناشویی این است که، با سپری شدن مدت، این رابطهٔ پایان می‌پذیرد، بدون اینکه نیاز به حکم دادگاه یا انجام عمل حقوقی خاص داشته باشد. شاید از نظر منطقی نتوان گذشتن مدت را در زمرهٔ اسباب انحلال نکاح آورد، زیرا با پایان گرفتن مدت نکاحی باقی نمی‌ماند تا منحل شود. ولی، چون طبیعت عرفی و مرسوم نکاح اقتضای دوام را دارد و این خواستهٔ زن و شوهر است که آن را زوال‌پذیر و موقت می‌سازد، و می‌توان گفت سپری شدن مدت از عوامل ارادی انحلال نکاح، به معنی عام آن، است و پیوندی را که چنین عاملی در آن نهاده شده است «نکاح منقطع» می‌نامند.

تمیز این که در چه زمانی مدت نکاح پایان می‌پذیرد دشوار نیست، زیرا معین بودن مدت از شرایط درستی نکاح منقطع است. با وجود این، جایی که آغاز مدت در عقد معین نمی‌شود، ممکن است دربارهٔ تاریخ آغاز و پایان زناشویی تردید به میان آید. راه رفع این تردید را به اشاره باز نمودیم(ش ۵۳). اکنون نیز می‌افزاییم که، از نظر نقشی که تعیین مدت در روابط دو طرف دارد و تعبیری که باید از ارادهٔ آنان شود، نکاح منقطع و اجاره با هم شباهت کامل دارد. پس، با توجه به مفاد مادهٔ ٤٦٩ قانون مدنی که می‌گوید: **«مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است»** می‌توان گفت، مدتی که در

نکاح منقطع معین می‌شود متصل به عقد است، مگر این که آغاز دیگری برای آن معین کرده باشند[۱].

مدتی که برای عقد منقطع معین می‌شود به سود شوهر تلقی شده است و به همین جهت نیز او می‌تواند از این نفع بگذرد و مدتی را که باقی مانده است به زن ببخشد. این عمل حقوقی «بذل مدت» نامیده می‌شود و از قواعدی است که، به منظور هماهنگ شدن احکام نکاح موقت و دایم، نیاز به اصلاح دارد. سکوت قانونگذار در برابر احکام مربوط به نکاح موقت، نه تنها دردی را دوا نمی‌کند، سبب می‌شود تا نکاح موقت به عنوان راه فرار از اجرای قوانین مربوط به خانواده بیشتر مورد استفاده قرار گیرد.

۳۰۷. ماهیت بذل مدت:

بذل مدت تنها به ارادهٔ شوهر واقع می‌شود و زن در آن هیچ نقشی ندارد. به همین جهت، بر خلاف آنچه از ظاهر نام آن برمی‌آید، عمل شوهر بخشش یا هبه به معنی حقوقی نیست و باید آن را در زمرهٔ ایقاعات آورد.

بذل مدت را نباید نوعی طلاق شمرد. زیرا، نه فقط مقررات قانون ویژگی‌های زیادی به طلاق بخشیده است، از نظر ماهوی نیز بین احکام این دو تفاوت‌های آشکار و مهمی وجود دارد:

طلاق ایقاعی تشریفاتی است که باید به صیغهٔ خاص و در حضور دو مرد عادل انجام گیرد و اصولاً (جز در مورد طلاق های بائن) در زمان عده می‌توان از آن رجوع کرد. ولی، بذل مدت ایقاعی است که تنها به ارادهٔ شوهر واقع می‌شود و به هیچ تشریفات دیگری نیاز ندارد. ادامهٔ زناشویی از حقوق شوهر است و هر گاه بخواهد می‌تواند از آن صرف‌نظر کند. رجوع از بذل مدت نیز در زمان عدهٔ زن امکان ندارد و، هرگاه زن و شوهر مایل به زناشویی مجدد باشند، باید دوباره به طور دائم یا موقت نکاح کنند.

---

۱. فقها نیز به شباهت اجاره و نکاح منقطع اشاره کرده و به دلالت عرف و اقتضای اصل صحت در قراردادها، مدتی را که ابتدای آن معین نشده متصل به عقد دانسته اند. به عبارت صاحب جواهر(کتاب نکاح) در این زمینه توجه کنید: «اقتضی الاطلاق الاتصال بالعقد بدلالة العرف و اصالة الصحة کما فی الاجارة و غیرها». با وجود این، در همین کتاب نقل شده است که ابن ادریس چنین مدتی را، به دلیل احتمال اتصال یا انفصال آن از عقد، مجهول و باعث بطلان عقد دانسته است.

وجود شرایطی که برای درستی طلاق در زن لازم است در بذل مدت اثر ندارد و شوهر می‌تواند هنگام حیض و در طهر مواقعه نیز زمانی را که از نکاح باقی مانده است به زن ببخشد. خواهیم دید که عدهٔ طلاق و بذل مدت نیز یکسان نیست. پس، وابستگی این دو ایقاع به ارادهٔ شوهر نباید باعث اختلاط آنها شود و به همین جهات است که مادهٔ ۱۱۳۹ قانون مدنی اعلام می‌کند که: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه به انقضای مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود.»

اکنون این پرسش به میان می‌آید که، اگر بذل مدت نوعی طلاق یا هبه نباشد، ماهیت آن چیست و با کدامیک از اعمال حقوقی شباهت دارد؟

از تحلیلی که دربارهٔ چگونگی تعهدات زن و شوهر در نکاح منقطع شد پاسخ این پرسش را می‌توان به آسانی دریافت: در نتیجهٔ نکاح منقطع، شوهر متعهد می‌شود که مهر مورد توافق را بپردازد. زن نیز مکلف است که رابطهٔ زناشویی خود را با شوهر ادامه دهد. در نظر قانونگذار ما ارتباط زناشویی تنها حق مرد است و زن مدیون اجرای این حق به شمار می رود و به همین جهت نیز مرد می‌تواند بدون دخالت زن بذل مدت کند. با بذل مدت، شوهر از حق خویش می‌گذرد و دین زن را اسقاط می‌کند و به همین مناسبت نیز باید آن را نوعی «ابراء» دانست.[1]

۳۰۸. شرایط وقوع:

چنان که گفته شد، بذل مدت ایقاعی است که به ارادهٔ شوهر واقع می شود. پس، برای درستی آن لازم است که شوهر عاقل و بالغ و رشید و مختار باشد. برای وقوع آن هیچ تشریفات خاصی ضرورت ندارد، ولی به هر حال ارادهٔ شوهر باید اعلان شود و قصد درونی اثری در انحلال ندارد (چنان که در فسخ نکاح نیز گفته شد)[2].

بذل مدت ممکن است در برابر تملک مالی از طرف شوهر قرار گیرد؛ چنان که در طلاق خلع و مبارات آمد، این قرارداد به صورت معاملهٔ معوض در نمی آید، زیرا حق زوجیت مالیت ندارد و نمی‌تواند عوض تملک مال قرار گیرد(مادهٔ ۲۱۵ ق.م.). با وجود این، چون تملک مال از جانب زن مشروط به بذل مدت است، رجوع از آن با مبنای

---

۱. برای دیدن نظر مخالف رجوع شود به: حسن امامی، همان کتاب.

۲. ش ۱۷۵ و برای دیدن نظر مخالف رجوع شود به: حسن امامی، همان کتاب.

قصد مشترک دو طرف مباینت دارد. قیاس این قرارداد با خلع و مبارات نیز درست نیست، زیرا گفته شد که بذل مدت طلاق محسوب نمی‌شود و احکام ویژهٔ طلاق را نمی‌توان در آن اجرا کرد.

۳۰۹. امکان توکیل به زن برای بذل مدت:

برای بذل مدت نیز، مانند طلاق، می‌توان به دیگری وکالت داد. این وکالت ممکن است به زن نیز داده شود تا به نیابت از طرف شوهر بقیهٔ مدت نکاح را به خود ببخشد (مستفاد از مادهٔ ۱۱۱۹ ق.م.) و اگر ضمن نکاح یا عقد لازم دیگری درآید قابل فسخ نیست، مگر این که تنها به سود یکی از دو طرف باشد، که در این صورت او می‌تواند از سود خود بگذرد.

مفاد وکالت نیز تابع قصد مشترک است: شوهر می‌تواند به زن وکالت دهد تا در صورت وقوع حادثهٔ معینی، مانند رفتار سوء و تحمل‌ناپذیر شوهر یا ترک زندگی خانوادگی و مسافرت طولانی، بقیهٔ مدت را به خود بذل کند. تمیز وقوع حادثهٔ مشروط ممکن است با دادگاه یا داوران معین یا تشخیص زن قرارداده شود. همچنین، ممکن است نیابت به طور مطلق باشد، یعنی شوهر به زن وکالت دهد تا هر گاه بخواهد بقیهٔ مدت را به خود ببخشد.

پاره‌ای از استادان خواسته‌اند، با قیاس وکالت زن برای طلاق و بذل مدت، در موردی که زن برای اثبات تحقق شرط ناچار از رجوع به دادگاه است، دعوا را مشمول مرور زمان شش ماهه قرار دهند و تبصرهٔ مادهٔ ٤ قانون ازدواج را که می‌گوید: **«مدت مرور زمان شش ماه از وقوع امری است که حق استفاده از شرط می‌دهد»** در این باره نیز اجرا کنند[1]. ولی، با حذف مرور زمان از نظام عمومی اجرای حق، پذیرش این نظر دشوار است.

۳۱۰. الزام شوهر به بذل مدت:

قانون مدنی و لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص دربارهٔ امکان اجبار شوهر به بذل مدت حکمی ندارد و همهٔ احکام آن ناظر به مواردی است که زن می‌تواند از شوهر

---

۱. حسن امامی، ج ۵، ص ۱۱۳.

طلاق بگیرد. با وجود این، سکوت قانونگذار بدین معنی نیست که در نکاح منقطع حمایت از حقوق زن ضرورت ندارد و سرنوشت خانواده تنها به ارادهٔ شوهر وابسته است[1]. نویسندگان قانون خواسته اند بدین وسیله کراهت خود را از این نوع زناشویی‌ها نشان دهند و به گمان خود آن را به بوتهٔ فراموشی بسپارند.

این سیاست نادرست موجب شده است که در بسیاری امور بین قواعد نکاح دایم و منقطع هماهنگی نباشد و دادرسان در اجرای قوانین دچار تردید شوند. پس، رویهٔ قضایی باید این نقص را جبران کند و به نظر می‌رسد که روح قوانین ما و اخلاق عمومی ایجاب می‌کند تا در نکاح منقطع نیز، تا جایی که با طبیعت این نکاح سازگار است، زن بتواند الزام شوهر را به بذل مدت از دادگاه بخواهد. زیرا، هیچ کس نمی‌تواند ادعا کند که زن، تنها به این دلیل که به نکاح موقت رضایت داده است، هیچ حقی دربارهٔ انحلال و بقای زناشویی ندارد و به مانند عین مستأجره در اختیار شوهر است.

بنابراین، در نکاح موقت نیز زن حق دارد، در موردی که ادامهٔ زوجیت موجب عسر و حرج او می‌شود، الزام شوهر را به بذل مدت از دادگاه بخواهد. ولی، حق ندارد به علت ندادن نفقه چنین درخواستی کند. زیرا، در نکاح منقطع نفقه به عهدهٔ زوج نیست. ولی، این پرسش هنوز باقی است، که هر گاه در عقد شرط شود که نفقهٔ زن بر عهدهٔ شوهر است یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد(مادهٔ ۱۱۱۲ ق.م.)، آیا خودداری از دادن نفقه به زن حق می دهد که الزام شوهر را به بذل مدت بخواهد؟

ممکن است ادعا شود که، چون در این فرض مبنای تعهد زوج قرارداد خصوصی است و قانون آن را در زمرهٔ تکالیف شوهر قرار نداده است، به استناد عدم اجرای آن نمی‌توان انحلال نکاح را درخواست کرد. ولی، این ادعا با ظاهر مادهٔ ۱۱۱۳ قانون مدنی تعارض دارد. زیرا، به موجب این ماده، تعهدی که در نتیجهٔ شرط در عقد یا تبانی دو طرف بر عهدهٔ شوهر قرار می‌گیرد تعهد به انفاق است و به نظر قانونگذار در چنین عقدی دادن نفقهٔ زن، با همهٔ ویژگی‌ها و آثار خود، بر عهدهٔ شوهر است. به همین جهت نیز در تعهد به انفاق ضرورت ندارد که مقدار آن، بسان موضوع سایر تعهدها، معلوم و معین باشد.

---

۱. سید محمدکاظم یزدی در کتاب عدهٔ عروة الوثقی، (ملحقات، ج۲، ص ۷۲) احکام مربوط به طلاق زوجهٔ غایب را به قرینهٔ به کار رفتن کلمات طلاق و نفقه در آنها، ویژهٔ نکاح دایم می‌داند.

باید افزود که، الزام شوهر به بذل مدت تنها در ازدواج‌هایی مورد پیدا می‌کند که برای مدت طولانی منعقد شده و روابط زن و شوهر به منظور تشکیل خانواده است.

فصل چهارم

عدّه

۳۱۱. تعریف و مبنای عدّه:

مادهٔ ۱۱۵۰ قانون مدنی در تعریف عدّه می‌گوید: «**عدّه عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند**». بدین ترتیب، عده از آثار انحلال نکاح است نه نزدیکی جنسی بین زن و مرد. قانونگذار نزدیکی به اشتباه را در حکم نزدیکی با نکاح درست قرار داده است. ولی، از این استثنا که بگذریم، نباید چنین پنداشت که نزدیکی زن و مرد باعث اجرای حکم عده است. به همین جهت، زنا عده ندارد، هر چند که زن در اثر آن حامل باشد[1].

مبنای حکم راجع به لزوم نگاه داشتن عده را در دو نکته می‌توان خلاصه کرد:

۱. جلوگیری از اختلاط نسل؛

۲. رعایت حرمت نکاحی که منحل شده است و فراهم ساختن امکان بازگشتن آن.

هیچ یک از این دو مصلحت نمی‌تواند تمام احکام عده را توجیه کند. به همین جهت، باید به خاطر داشت که اینها حکمت قواعد مربوط به عده است نه علت آنها: چنان که عدهٔ وفات را به طور معمول مستند به لزوم رعایت احترام به نکاح می‌کنند، ولی معلوم نیست چرا شوهر نباید چنین حرمتی را نگاهدارد؟

همچنین، به درستی نمی‌توان فهمید که چرا مدت این عده چهار ماه و ده روز است. به بیان دیگر، مصالحی که یاد شد، دو عامل مهمی است که قانونگذار را در وضع احکام

---

۱. به فقیهان مالکی و حنبلی نسبت داده شده است که نزدیکی به زنا را نیز مانند «وطی به شبهه» و نکاح درست باعث لزوم نگاهداری عده دانسته اند: محمد جواد مغنیه، فقه در پنج مذهب، ص ٤٣٦.

مربوط به عده برانگیخته، ولی رابطهٔ علیت آنها با قوانین، به دلایلی و از جمله مخلوط شدن با عادات و رسوم اجتماعی، قطع شده است.

۳۱۲. اقسام عده:

قواعد مربوط به «عده» از احکامی است که به مناسبت انحلال نکاح وضع شده و به تعبیری می‌توان آن را از آثار انحلال نکاح شمرد. به این اعتبار عده را بایستی به عدهٔ طلاق، عدهٔ فسخ، عدهٔ وفات و عدهٔ بذل و انقضای مدت در نکاح منقطع تقسیم کرد. به همین اعتبار، ما نیز احکام عده را در چهار گفتار بررسی می‌کنیم. ولی، باید توجه داشت که آنچه در موانع نکاح و آثار طلاق از وضع حقوقی در این دوران گفته شده است در این گفتارها تکرار نمی‌شود.

مبحث نخست: عدهٔ طلاق

۳۱۳. عدهٔ طلاق و نزدیکی به شبهه:

در نکاح دایم، درصورتی که به طلاق منحل شود، زن باید عدهٔ طلاق نگه دارد. ولی، قانونگذار در موردی که زن و مردی، به اشتباه و به پندار وجود رابطهٔ زناشویی، با هم نزدیکی کرده‌اند، زن را موظف به نگاهداری عدهٔ طلاق کرده است؛ چنان که در مادهٔ ۱۱۵۷ قانون مدنی آمده است که: **«زنی که به شبهه با کسی نزدیکی کند باید عدهٔ طلاق نگاه دارد.»**

مناسبت نگاهداری عدهٔ طلاق ازآن جاست که قانونگذار نزدیکی به شبهه را در حکم نکاح صحیح می‌داند: طفل متولد از این رابطهٔ را مشروع می‌شمارد (موارد ۱۱٦۵ و ۱۱٦٦ ق.م.)، زن را مستحق مهر می‌بیند (مادهٔ ۱۰۹۹) و رابطهٔ آن زن و مرد را، از حیث مانعیت نکاح، در حکم نزدیکی با نکاح صحیح اعلام می‌کند. پس، بی‌مناسبت نیست اگر پس از معلوم شدن حقیقت و جدایی زن و مردی که در اشتباه بوده‌اند زن را مکلف به نگاهداری عدهٔ طلاق کند.

به هر حال، عدهٔ طلاق را در نکاح دایم و در نزدیکی به شبهه جداگانه بررسی می‌کنیم:

گفتار نخست: عدهٔ طلاق در نکاح دائم

۳۱۴. شرایط لزوم نگاهداری عده:

برای اینکه زن موظف به نگاهداری عده شود، باید این دو شرط وجود داشته باشد:

۱. شوهر با زن نزدیکی کرده باشد: حکمت اصلی عدهٔ طلاق جلوگیری از اختلاط نسل است و به همین جهت، هر گاه زنی پیش از نزدیکی طلاق داده شود، عده ندارد و می‌تواند بی درنگ شوهر کند(مادهٔ ۱۱۵۵ ق.م.).

۲. زن یائسه نباشد: زنی یائسه است که به سنی رسیده باشد که عادت نبیند و مأیوس از حاملگی شود. سن یائسگی در مورد زنان متفاوت است و گاه زنی به فاصلهٔ چند سال زودتر یا دیرتر از معمول به این حالت می‌رسد. ولی، چون اثبات تغییر حالت زن دشوار است، باید دید در چه سنینی زن به طور معمول یائسه می شود و رسیدن به این سن را امارهٔ یائسگی قرار داد.

تعیین سن یأس از این جهت نیز ضرورت دارد که، به موجب قانون مدنی، هر گاه زنی به این سن نرسد و به دلایلی غیر از کهولت عادت زنانگی نبیند، باید عده نگاه دارد.

قانون مدنی دربارهٔ سن یأس حکمی ندارد. در فقه نیز اختلاف است: بعضی پنجاه سالگی و بعض دیگر ٦۰ سالگی را تعیین کرده‌اند و گروهی نیز، به استناد اخباری که در این باب رسیده است، برای زنان قریش ٦۰ سالگی و برای سایرین ۵۰ سالگی قرار داده‌اند.[۱]

تبعیض اخیر در حقوق کنونی امکان ندارد و به نظر می‌رسد که نتوان به طور قاطع سنی را برای یأس معین کرد. ولی، با توجه به وضع غالب زنان، باید آن را حدود پنجاه سالگی شمرد. بنابراین، اگر زنی در سن ٤٨ سالگی عادت زنانگی نبیند، نمی‌توان ادعا کرد که به اقتضای سن عادت نمی‌شود و باید عده نگاه دارد. همچنین اگر زنی در سن ۵۱ سالگی عادت نبیند نباید او را یائسه دانست و از نگاهداشتن عده معاف کرد.

---

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، چاپ سربی شیخ محمد آخوندی، ج۳ (کتاب طهارت)، ص ١٦١ به بعد — سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروة الوثقی، ج۷، ص ۵۵.

ولی، از نظر اثبات یائسگی، می‌توان گفت زنی که به پنجاه سالگی رسیده به حکم ظاهر یائسه است و خلاف آن باید ثابت شود و برعکس، زنی که ادعا دارد پیش از این سن به مرحلهٔ یائسگی رسیده است، باید دلیل بدهد.

برای تشخیص این که زن باید عده نگاه دارد یا از آن معاف است باید وضع او را در زمان طلاق نظر داشت. پس، اگر در این زمان یائسه باشد، عده ندارد وگرنه تابع قواعد حاکم بر زنانی است که عادت زنانگی می‌بینند.

اگر در خلال عده زنی یائسه شود، باید به جای هر طهری که از عده باقی مانده است یک ماه عده نگاه دارد(مستفاد از مادهٔ ۱۱۵۱ ق.م.).

بنابراین، هرگاه زنی بعد از طلاق یک بار عادت شود و پس از آن یائسه شود باید دو ماه دیگر (که به طور معمول دو طهر است) عده نگاه دارد و اگر بعد از طلاق و پیش از عادت شدن به حد یأس برسد عدهٔ او سه ماه است، چون بنا به فرض هیچ طهری را به پایان نرسانده است. به همین قیاس اگر بعد از دوبار عادت شدن زن یائسه شود، یک ماه عده را کامل می‌کند[1].

۳۱۵ . مدت عدهٔ طلاق:

به موجب مادهٔ ۱۱۵۱ ق.م. ، عدهٔ طلاق سه «طهر» است: یعنی زن بایستی از تاریخ وقوع طلاق سه بار دوران پاکیزگی بعد از عادت را به پایان برساند. این محاسبه دشوار نیست و تنها این پرسش مطرح است که، آیا طهری که طلاق در آن واقع می‌شود یکی از سه طهر است یا این طهر ناقص را نباید به حساب آورد؟

برای روشن شدن موضوع، فرض کنیم دوران پاکیزگی زنی به طور معمول بیست روز است و پس از گذشتن پانزده روز طلاق واقع می‌شود. در این فرض، آیا بعد از پایان طهر(پنج روز) زن یکی از سه طهر را به پایان رسانده است یا این مدت ناقص به حساب نمی‌آید و زن باید سه طهر کامل بعد از عادت آینده عده نگاه دارد؟

پاسخ این پرسش را فقها چنین داده‌اند که طهر نخست نیز در این محاسبه منظور می‌شود، هر چند که لحظه‌ای از آن باقی مانده باشد. بنابراین، با آغاز سومین عادت زنانگی عده نیز پایان می‌پذیرد. زیرا شروع هر عادت نشانهٔ گذشتن مدت طهر پیش از

---

۱. سید محمد کاظم یزدی، همان کتاب – جواهر الکلام، چاپ سنگی، جلد نکاح ، کتاب طلاق.

آن است[۱]. نویسندگان حقوق مدنی نیز از این نظر پیروی کرده‌اند[۲] و از ظاهر مادهٔ ۱۱۵۱ قانون مدنی نیز جز این برنمی‌آید، چون به کوتاه‌ترین مدت پاکیزگی نیز طهر گفته می‌شود. ولی، هر گاه صیغهٔ طلاق در آخرین لحظه‌های طهر غیر مواقعه گفته شود، به گونه‌ای که منتهی به عادت شود، زن باید پس از این عادت سه طهر عده نگاه دارد[۳].

۳۱۶. عدهٔ زنی که با اقتضای سن عادت نمی‌بیند:

هر گاه هنگام طلاق زن در سنی باشد که به طور معمول زنان عادت می‌شوند ولی او به دلیل بیماری یا حمل از دیگری یا شیر دادن عادت نشود، به حکم مادهٔ ۱۱۵۱ باید سه ماه عده نگاهدارد. در حکم همین زنان است کسی که فاصلهٔ بین دو عادت او بیش از سه ماه به درازا کشد.

مدت عده از تاریخ طلاق شروع می‌شود و علم و جهل زن به آن اثری ندارد.

۳۱۷. عدهٔ زن حامل:

به موجب مادهٔ ۱۱۵۳ ق.م. : «عدهٔ طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضای آن در مورد زن حامله تا وضع حمل است». مفاد قانون نشان می‌دهد که آنچه در مورد زن حامل مورد توجه و حمایت قرار گرفته حفظ سلامت حمل است نه پیش‌گیری از اختلاط نسل. به نظر می‌رسد که قانونگذار، به منظور رعایت حرمت نکاحی که باعث ایجاد حمل شده و صیانت موجودی که در شرف تکوین است، مادر را از شوهر کردن منع کرده است.

وضع حمل ممکن است طبیعی انجام شود یا در اثر عمل جراحی یا وقوع حادثه‌ای که منجر به سقط جنین شده است. ولی، در هر حال، چون با از بین رفتن یا به دنیا آمدن حمل نگاه داشتن عده مبنا و فلسفهٔ خود را از دست می‌دهد، عده نیز پایان می‌پذیرد، هر چند که مدت آن اندک باشد.

---

۱. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی و صاحب جواهر در مورد این مسأله بین فقهای امامیه ادعای اجماع کرده‌اند (همان کتابها) – همچنین، رجوع شود به، سید مرتضی، الانتصار، ص ۸۳– شهید ثانی، مسالک، ج۲، ص ۴۳ شرح لمعه، ج۲، ص ۱۲۸– علامهٔ حلی، قواعد ، ج ۲، ص ۶۸.

۲. سید حسن امامی، ج۵، ص ۷۶.

۳. نفاس نیز از نظر عده در حکم عادت زنانگی است. پس، اگر زنی بعد از وضع حمل و پیش از نفاس طلاق داده شود فاصلهٔ بین طلاق و نفاس یک طهر محسوب می‌شود (سید محمد کاظم یزدی، همان کتاب، ص ۵۷).

باید دانست که وضع حمل در صورتی پایان عده محسوب می‌شود که این دو شرط با هم جمع باشد:

۱. **حمل منسوب به شوهری باشد که زن را طلاق داده است:** وگرنه، هر گاه زنی که شوهرش مدتها غایب بوده است حامله باشد یا وضع حمل کمتر از شش ماه از تاریخ ازدواج اتفاق بیفتد یا معلوم شود که حمل در اثر زنا یا نزدیکی به شبهه با دیگری بوده است، باید سه ماه عده نگاه دارد. زیرا، در این فروض، حمل به شوهر نسبت داده نمی‌شود و زوجه تابع قواعد حاکم بر زنی است که با اقتضای سن عادت نمی‌شود[1]. با وجود این، در موردی که زن هنگام طلاق در اثر نزدیکی به شبهه از دیگری حامله است، عدهٔ حمل ناشی از این نزدیکی باید رعایت شود و نمی‌توان با گذشتن سه ماه از تاریخ طلاق، تا زمانی که زن حامله است، او را در اختیار شوهر آزاد پنداشت.

۲. **وضع حمل به طور کامل انجام پذیرد:** پس، اگر زن دوقلو حامله باشد، با زایمان یکی از آن دو عده پایان نمی‌یابد. همچنین، تا مدتی که زایمان یا عمل جراحی مربوط به سقط جنین و اخراج آن از رحم ادامه دارد، عده نیز پایان نیافته است. بنابراین، هر گاه طلاق رجعی باشد و زن یا شوهر در این مرحله بمیرد، دیگری که زنده مانده است از او ارث می‌برد.

۳۱۸. اثر فوت شوهر در زمان عده:

اثر فوت شوهر در دوران عدهٔ طلاق را باید در موردی که طلاق باین یا رجعی است جداگانه مطالعه کرد:

۱. در فرضی که طلاق باین است، چون رابطهٔ حقوقی بین زن و شوهر به طور کامل قطع شده است، فوت شوهر هیچ اثری در زمان عده ندارد. زن بایستی عده طلاق را ادامه دهد و پس از آن برای شوهر کردن آزاد است.

۲. در موردی که طلاق رجعی است، با این که نمی‌توان آن دو را در زمان عده زن و شوهر دانست، زن از بسیاری جهات در حکم زوجه است. در واقع، رابطهٔ موجود این احترام را دارد که زن به خاطر رعایت آن مدتی برای شوهر کردن درنگ کند.

---

۱. علامهٔ حلی، قواعد، ج۲، ص ۶۹ و ۷۰ – شهید ثانی، مسالک الافهام، ج۲، ص ۳۷.

پس، اگر زن حائل(بدون حمل) باشد، با فوت شوهر عدهٔ طلاق را ادامه نمی‌دهد و از آن پس عدهٔ وفات نگاه می‌دارد. ولی، در موردی که حامل است، باید طولانی‌ترین مدت بین چهار ماه و ده روز و وضع حمل را در عده باشد[1].

۳۱۹. عدهٔ طلاق به علت غیبت شوهر:

گفته شد که، به موجب مادهٔ ۱۰۲۹ قانون مدنی، زن می تواند به استناد غیبت بی‌خبر شوهر که چهار سال ادامه یافته است از دادگاه درخواست طلاق کند. این طلاق را نباید با انحلالی که در نتیجهٔ صدور حکم موت فرضی تحقق می یابد، مخلوط کرد.

در فرض نخست، عدّه‌ای که زن نگاه می‌دارد عدهٔ طلاق است، هر چند که مدت آن را قانون به اندازهٔ «عدهٔ وفات» معین کرده است[2]. به همین جهت **«اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای عده مراجعت نماید، نسبت به طلاق حق رجوع دارد...»**(مادهٔ ۱۰۳۰ ق.م.).

ولی، در فرض دوم، که حکم موت فرضی شوهر صادر شده است، انحلال نکاح نیازی به طلاق ندارد و هر گاه خبری از حیات شوهر به دست آید معلوم می‌شود که نکاح منحل نشده بوده است: شوهر نیازی به رجوع ندارد و دست کم تا زمانی که زن شوهر نکرده است می‌تواند زندگی زناشویی با او را ادامه دهد. عدهٔ این انحلال نیز به واقع عدهٔ وفات است نه طلاق.

گفتار دوم: عدهٔ طلاق در نزدیکی به شبهه

۳۲۰. مفهوم نزدیکی به شبهه:

«نزدیکی به شبهه» به موردی گفته می‌شود که زن و مردی بر خلاف واقع چنین پندارند که زن و شوهرند و در نتیجهٔ این پندار نادرست با هم نزدیکی کنند. آن‌چه در

---

۱. سید محمد کاظم یزدی، همان کتابع ص ۱۰۸– شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۳۸– شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد نکاح، کتاب طلاق (عده) – سید علی طباطبائی، ریاض، ج ۲، کتاب طلاق (عده) – محقق قمی، جامع الشتات، ص ۵۲۱.

۲. سید محمد کاظم طباطبایی، ملحقات عروة الوثقی، جزء ۲، ص ۷۲.

بادی امر شگفت آور می‌نماید این است که چگونه ممکن است زنی مرد دیگر را به جای شوهر خود بگیرد و با او همبستر شود یا چطور می توان تصور کرد شوهری زن خود را نشناسد و تماس با زن بیگانه او را از حقیقت آگاه نسازد؟

با وجود این، نزدیکی به شبهه را نباید امری غریب و دور از ذهن پنداشت. در جامعهٔ کنونی کسی بیگانه را به جای همسر خود نمی‌گیرد، ولی امکان دارد که، در اثر اشتباه در اوصاف یا نسبت زن دیگری با خود یا به دلیل جهل به قانون، رابطهٔ خود را با او مشروع پندارد، در حالی که قانونگذار آن دو را زن و شوهر نمی‌شناسد. این مثال‌ها حقیقت را روشن می‌سازد:

فرض کنیم برادر بزرگتری جلای وطن کند و سالها از او خبری به دست نیاید و برادر کوچک‌تر ندانسته با دختر او ازدواج کند. این زوج یکدیگر را بیگانه می‌پندارند و خود را زن و شوهر تصور می‌کنند، در حالی که نکاح بین آن دو(عمو و برادرزاده) باطل است.

فرض دیگر: زنی از ظواهر امر چنین استنباط می‌کند که نامزد او مسلمان است، ولی بعدها معلوم می شود که یهودی است یا مذهبی ندارد. قانون نکاح این دو را باطل می‌داند، در حالی که زن گمان می‌کند شوهر کرده است.

در این دو فرض، علت اشتباه در وجود رابطهٔ زناشویی جهل زن و شوهر یا یکی از آنان به موضوع خارجی بود، ولی، در بسیاری موارد علت جهل به قانون است:

زن و مردی نمی‌دانند که عدهٔ طلاق سه طهر است و گاه این مدت بیش از سه ماه طول می کشد: عده را سه ماه تصور می‌کنند و در حالی‌که زن هنوز در عدهٔ شوهر سابق خویش است با هم ازدواج می‌کنند، در حالی‌که می‌دانیم چنین نکاحی باطل است. زن و مردی دیگر حکم رضاع را نمی‌دانند و با این که خواهر و برادر رضاعی محسوب می‌شوند باهم پیمان زناشویی می‌بندند. دیگری نمی‌داند که اگر با زن شوهردار رابطهٔ نامشروع برقرار کند آن زن بر او حرام مؤبد است. پس از جدایی از شوهرش با او ازدواج می‌کند و مثال بارزی برای نزدیکی به شبهه به وجود می‌آید.

از این گونه مثال‌ها زیاد است و قانونگذار به حسن نیت زن و شوهر نادان احترام می‌گذارد و تا زمانی که به حقیقت پی نبرده‌اند آن دو را در حکم زن و شوهر می‌شناسد. این زناشویی حکمی، که وابسته به حسن نیت اشخاص است، دربارهٔ زن و

شوهر جداگانه بررسی می‌شود. بنابراین، اگر هر دو در اشتباه باشند، رابطهٔ جنسی نسبت به هر دو نفر نزدیکی به شبهه محسوب می‌شود و آثار نکاح درست بر آن بار است.

ولی، هر گاه یکی از آن دو جاهل و دیگری آگاه از بطلان نکاح باشد، تنها نسبت به جاهل احکام نزدیکی به شبهه اجرا می‌شود و دربارهٔ دیگری قواعد رابطهٔ نامشروع (زنا) حکمفرما است. برای مثال، اگر در رابطه‌ای زن نکاح را مشروع پندارد و مرد از بطلان آن آگاه باشد و فرزندی از این رابطهٔ به وجود آید، نسبت فرزند از جهت مادر مشروع است ولی با پدر هیچ نسبتی ندارد.

۳۲۱. لزوم نگاهداشتن عده:

قانون مدنی در مادهٔ ۱۱۵۷ اعلام می‌کند که :**«زنی که به شبهه با کسی نزدیکی کند باید عدهٔ طلاق نگاه دارد»**. پس، این پرسش به میان می‌آید که لزوم نگاهداری عده ناظر به موردی است که زن در اشتباه باشد و رابطهٔ نسبت به او مشروع به حساب آید یا کافی است که رابطهٔ او با مرد دیگر به گونه‌ای نزدیکی به شبهه باشد؟

پاره‌ای از استادان از ظاهر ماده چنین استنباط کرده‌اند که زن در صورتی باید عده نگاهدارد که خود در شبهه باشد و در موردی که تنها مرد در اشتباه است و زن حقیقت را می‌داند زن اجباری در نگاهداشتن عده ندارد[1]. ولی، به نظر می‌رسد که مقصود نویسندگان قانون مدنی این بوده است که، بر خلاف نظر جمعی از فقها (که اشتباه زن را کافی برای نگاهداری عده ندانسته‌اند)[2] تصریح کند که اشتباه زن در نزدیکی نیز برای لزوم نگاهداری عده کافی است.

برای روشن شدن موضوع، باید دانست که در فقه امامیه، تا آنجا که نویسنده اطلاع دارد و در کتب معتبر نقل شده است، در موردی که زن و مرد هر دو در اشتباهند یا مرد جاهل به حرمت است، تردیدی نسبت به لزوم نگاهداری عده وجود ندارد[3]. ولی، در صورتی که اشتباه از جانب زن است، دو نظر وجود دارد:

---

۱. سید حسن امامی، ج ۲، ص ۸۵، که این نظر را به گروهی از فقها نسبت داده و پیشنهاد کرده است قانون مدنی چنان تفسیر شود که شامل موردی که زن نیز عالم به فساد است بشود.

۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، کتاب طلاق (پایان عده) که این نظر را به فاضل هندی صاحب کشف اللثام نیز نسبت داده است.

۳. سید محمد کاظم یزدی، همان کتاب، ص ۵۸.

بعضی گفته‌اند، چون نسب مرد زناکار احترامی ندارد، حقی برای او نسبت به زن در نگاهداری عده ایجاد نمی شود. به بیان دیگر، عده حق مرد است و وقتی نزدیکی او احترامی ندارد حقی نیز برای او ایجاد نمی‌شود. ولی، گروه دیگر به حق این استدلال را نپذیرفته و شبههٔ زن را نیز برای اجرای احکام عده کافی شناخته‌اند[۱]. نویسندگان قانون مدنی نیز، برای تأیید نظر اخیر، مادهٔ ۱۱۵۷ را انشا کرده و نشان داده‌اند که عده حکم است نه حق و هدف از آن جلوگیری از اختلاط نسل است نه حفظ حقوق مرد.

۳۲۲. تعارض این عده با نکاح:

این تعارض هنگامی بروز می‌کند که زن، در زمانی که زوجهٔ دیگری است، به اشتباه با مردی همبستر شود. در این فرض نادر، دو مصلحت متعارض به چشم می‌خورد:

۱. لزوم نگاهداری عدهٔ «نزدیکی به شبهه» که برای جلوگیری از اختلاط نسل لازم است.

۲. ادامهٔ روابط زناشویی بین دو همسر قانونی.

جمع این دو ضرورت بدین شکل ممکن است که شوهر تا پایان عدهٔ نزدیکی به شبهه از همبستر شدن با زن منع شود، ولی این منع نباید از سایر روابط جنسی آن دو جلوگیری کند یا از تکالیف زن و شوهر در برابر یکدیگر بکاهد. بدین ترتیب، زنی که در مدت عده از نزدیکی با شوهر امتناع می‌کند ناشزه نیست و این اقدام حق او را در گرفتن نفقه از بین نمی‌برد.

۳۲۳. اثر عدهٔ نزدیکی به اشتباه:

در این که نگاهداری عدهٔ نزدیکی به شبهه تا چه اندازه زن را در روابط زناشویی با دیگران محدود می‌کند اختلاف شده است[۲]:

۱. بعضی گفته‌اند نگاهداری عده مانع از شوهر کردن زن نمی‌شود، ولی شوهر نمی‌تواند با او نزدیکی کند.

---

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۵۲– سید محمد کاظم یزدی.

۲. برای ملاحظهٔ این عقاید رجوع شود به، سید محمد کاظم یزدی، همان کتاب، ص ۱۰٦، مسأله ٥ از فصل پنجم– امامی، ج ۵، ص ۸۷

۲. جمع دیگر شوهر کردن او را ممنوع دانسته‌اند، زیرا زن در زمان عده حق ندارد با مرد دیگری ازدواج کند.

۳. بعضی نیز پاسخ مسأله را منوط به این نکته ساخته‌اند که آیا «وطی به شبهه» در زمان نکاح تنها نزدیکی بین زن و شوهر را ممنوع می‌سازد یا روابط جنسی بین آن دو را به کلی منع می‌کند. در فرض نخست، نکاح درست است، زیرا می‌تواند در روابط بین طرفین مؤثر باشد، ولی در فرض دوم عقد باطل است.

از جمع مواد ۱۱۵۰ و ۱۱۵۷ قانون مدنی چنین برمی‌آید که نظر دوم را باید تأیید کرد و زنی را که به شبهه با دیگری همبستر شده است در زمان عده ممنوع از ازدواج با دیگری کرد. ولی، همان گونه که در عدهٔ طلاق نکاح دایم گفته شد، نکاح زن با مردی که به اشتباه با او نزدیکی کرده است هیچ منعی ندارد.

۳۲٤. تداخل این عده با عدهٔ طلاق در نکاح دائم:

در موارد گوناگون ممکن است، به دلیل طلاق و نزدیکی به شبهه، نگاهداری دو عده بر زن واجب شود.برای مثال، زنی که در عدهٔ طلاق است با مرد دیگر یا با شوهر سابق خویش به اشتباه نزدیکی می‌کند، یا زنی با اجنبی به اشتباه همبستر می‌شود و شوهر او را طلاق می‌دهد: از جهت طلاق و از نظر «نزدیکی به شبهه» رعایت دو عده لازم می‌آید.

در چنین مواردی اختلاف شده است که آیا زن باید به طور تناوب دو عده نگه دارد یا دو عده از نظر مدت با هم جمع می شود و صبر کردن مدتی که هر دو را شامل شود کافی است؟ برای مثال، هر گاه زنی که با اقتضای سن عادت نمی‌شود و در عدهٔ طلاق است پس از یک ماه از تاریخ طلاق به اشتباه با دیگری همبستر شود، آیا باید دو ماه برای اتمام عدهٔ طلاق و سه ماه بعد از آن برای رعایت عدهٔ نزدیکی به شبهه (پنج ماه) صبر کند یا نگهداری سه ماه از تاریخ نزدیکی کافی است؟

ممکن است استدلال شود که در این فرض دو علت گوناگون، که هر کدام عدهٔ خاص خود را اقتضا دارد، به وجود آمده است. هر کدام از این دو علت اثر ویژهٔ خود را بجا می‌گذارد و تداخل آن امری است خلاف قاعده که باید اثبات شود. ولی این گفته را نباید پذیرفت. زیرا، ایجاد اثر ویژهٔ هر علت در کنار علت دیگر مشروط بر این است که معلول‌های آن دو بتواند به طور مستقل و جدای از یکدیگر به وجود آید. اثر

نزدیکی به شبهه این است که زن باید از تاریخ وقوع آن سه ماه یا سه طهر عده نگاه دارد. طلاق نیز همین اثر را دارد و شروع عده از تاریخ وقوع آن است. پس، ناچار این دو عده که باید در یک زمان انجام شود، تا جایی که اشتراک زمانی دارد، با هم تداخل پیدا می‌کند و به تأخیر انداختن یکی از آنها مخالف قاعده و نیازمند دلیل است.

به اضافه، حکمت نگاهداری عدهٔ طلاق جلوگیری از اختلاط نسل است که با تداخل دو عده نیز انجام می‌شود و دلیلی ندارد که زن بیهوده از نکاح ممنوع گردد.

بنابراین، باید نظر کسانی را تأیید کرد که تداخل دو عده را مجاز شمرده‌اند[1]، خواه هر دو از یک نوع یا متفاوت باشد.

آنچه گفته شد در طلاق زن حائل و حامل یکسان است و در اجتماع عدهٔ وفات و طلاق نیز رعایت می‌شود:

مبحث دوم: عدهٔ وفات

۳۲۵. مدت این عده و لزوم نگاهداری آن:

به موجب مادهٔ ۱۱٥٤ ق.م. : **«عدهٔ وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است...»** . مدت عدهٔ وفات از شرع گرفته شده است: در آیهٔ ۲۳٤ از سورهٔ بقره در قرآن کریم چنین آمده است: «والذین یتوفون منکم و یذرون ازواجاً یتربّصن بانفسهن اربعة اشهر و عشراً» و فقهای امامیه در این مورد اتفاق نظر دارند[2].

چنان که اشاره شد، هدف اصلی از رعایت عدهٔ وفات احترام به نکاحی است که در اثر فوت شوهر منحل شده. به همین جهت، در مواردی هم که بیم اختلاط نسل نمی‌رود و عدهٔ طلاق نیز ضرورت ندارد، نگاهداری عدهٔ وفات مقرر شده است؛ چنان که در نکاح یائسه و همچنین نکاحی که پیش از نزدیکی منحل شده است، رعایت عدهٔ وفات ضروری است (مادهٔ ۱۱۵۵ ق.م.).

---

۱. علامهٔ حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ٧٤– شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۵۲– محقق، شرایع، کتاب طلاق – سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۰۸ به بعد– و برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به جواهر الکلام، ج نکاح، انتهای کتاب طلاق.

۲. برای ملاحظهٔ مبانی عدهٔ وفات در فقه، رجوع شود به، سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب طلاق– همچنین منابع ذکر شده در پاورقی شماره ۳۰٦ – قطب الدین راوندی، فقه القرآن ، ج۲، ص ۱٦۹.

۳۲۶. عدهٔ وفات در مورد زن حامل:

چنان که در عدهٔ طلاق نیز آمده (ش ۳۱٦)، در مورد زن حامل، مهم‌ترین سبب حکم عده حمایت از جنین و حفظ سلامت آن است. به همین جهت، با این که بیم اختلاط نسل در زن حامل نمی‌رود، تا زمان حمل باید از شوهر کردن پرهیز کند. همین حکمت در مورد انحلال نکاح به دلیل فوت شوهر نیز وجود دارد. ممکن است زن پس از چهار ماه و ده روز عدهٔ وفات هنوز حامل باشد و اجازهٔ شوهر کردن او به سلامت جنین صدمه بزند. از سوی دیگر، اگر وضع حمل پیش از پایان چهار ماه و ده روز رخ دهد، با این که لزوم حمایت از جنین منتفی شده است، مباح ساختن نکاح زن از نظر اخلاقی ناپسند می‌نماید.

پس، برای جمع این دو مصلحت، قانونگذار دورترین این دو مدت (چهار ماه و ده روز و وضع حمل) را عدهٔ زن قرار داده است و گفته می‌شود که زن باید «ابعد الأجلین» را برای عده رعایت کند، چنان که در پایان مادهٔ ۱۱۵٤ و پس از اعلام مدت عدهٔ وفات آمده است:«... **مگر اینکه زن حامل باشد، که در این صورت، عدهٔ وفات تا موقع وضع حمل است، مشروط بر اینکه فاصلهٔ بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت همان چهار ماه و ده روز خواهد بود**»[1]

۳۲۷. تاریخ شروع عده:

قاعده این است که مدت عده از تاریخ انحلال نکاح شروع شود و این قاعده در مورد عدهٔ طلاق و وفات و فسخ و بذل مدت یکسان است. با وجود این، در موردی که شوهر غایب است و خبر فوت او به زن می‌رسد، تردید شده است که آیا آغاز مدت تاریخ فوت است یا تاریخ رسیدن خبر آن به زوجه[2].

---

۱. در فقه حنفی(به نقل از تنویر و الدر المختار) عدهٔ زن حامل به وضع حمل پایان می‌پذیرد، هر چند که زودتر از چهارماه و ده روز از تاریخ وفات باشد. اینان اعتقاد دارند که آیهٔ کریمهٔ: «و اولات الاحمال اجلهن ان یضع حملهنّ» آیهٔ «والذین یتوفون منکم و یذرون ازواجاً یتربصن بانفسهن اربعة اشهر و عشرا» را تخصیص به زن حائل داده است (الفتاوی الکاملیه، ص ۳۱).

۲. پاره‌ای از فقها (سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروه، ج ۲، ص ۷۸) این حکم را در موردی هم که شوهر حاضر است ولی زن از فوت او بی‌خبر مانده جاری می‌دانند.

در فقه نظرهای گوناگونی در این باره ابراز شده است[1]، ولی آنچه بیش از همه شهرت دارد این است که، چون بر زن واجب است که بعد از فوت شوهر تا چهار ماه و ده روز از آرایش کردن و پوشیدن لباس‌های رنگارنگ پرهیز کند (حداد)، پس در موردی که خبر فوت شوهر مدتها بعد از وقوع آن به زن می رسد باید از تاریخ این خبر عده نگاهدارد.

قانون مدنی دربارهٔ تاریخ شروع عده نسبت به زن غایب حکمی ندارد و پاره‌ای از نویسندگان حقوق مدنی اظهار نظر کرده‌اند که دربارهٔ غایب نیز عدهٔ وفات از تاریخ فوت شوهر به حساب می‌آید[2].

شاید از لحاظ منطقی این نظر در حقوق مدنی قوی‌تر باشد، ولی باید انصاف داد که نظر مشهور فقها با مبنا و فلسفهٔ عدهٔ وفات سازگارتر است. زیرا بی‌خبر ماندن زن از تاریخ مرگ شوهر از زشتی اخلاقی اقدام زنی که با دریافت خبر مرگ شوهر بی‌درنگ به خانهٔ بخت می‌رود نمی‌کاهد و حرمت خاک شوهر و پیمان زناشویی محفوظ نمی‌ماند. بنابراین، مصلحتی که مبنای حکم عدهٔ وفات قرار گرفته و رعایت مبانی تاریخی و مذهبی آن ایجاب می‌کند که زن از تاریخ اطلاع از فوت شوهر غایب عده نگاه دارد.

۳۲۸. معلوم شدن فوت شوهر غایب در خلال عده:

هر گاه به دلیل غیبت بی‌خبر و طولانی شوهر (بیش از چهار سال) زن طلاق داده شود و در خلال عده مرگ شوهر معلوم گردد، زن باید عده طلاق را قطع و از تاریخ وفات (یا وصول خبر) عدهٔ وفات نگاه دارد. زیرا گفته شد که، هر چند مدت این عده چهار ماه و ده روز است، ماهیت آن عدهٔ طلاق است و به همین جهت نیز زن حق دارد، اگر طلاق بائن نباشد، از دارایی شوهر نفقه بگیرد. ولی، هر گاه طلاق بائن باشد، چون در اثر طلاق رابطهٔ حقوقی زن و شوهر از بین رفته است، مرگ شوهر در زمان عده اثری در آن ندارد و زن بایستی همان عدهٔ پیشین را تمام کند.

---

۱. برای دیدن تفصیل این نظرها، رجوع شود به، شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۵۱.

۲. دکتر امامی، ج ۵، ص ۸۳

با وجود این، پاره‌ای از بزرگان فقها نظر داده‌اند که، چون زن عدهٔ شرعی را می‌گذراند، به هر حال می‌تواند همان عده را تمام کند و تنها از نظر احتیاط گفته می‌شود که عدهٔ وفات را از سر گیرد[۱].

مبحث سوم: عدهٔ فسخ نکاح

۳۲۹. مبنای مشترک عدهٔ فسخ نکاح و عدهٔ طلاق:

در فسخ نکاح نیز مبنای مهم عده جلوگیری از اختلاط نسل و گاه حمایت از جنین است و از این حیث با عدهٔ طلاق شباهت تام دارد. به همین جهت، قانون مدنی هنگام تعیین مدت عده، فسخ و طلاق را با هم موضوع حکم قرار داده است: در مادهٔ ۱۱۵۱ آمده است که: **«عدهٔ طلاق و عدهٔ فسخ نکاح سه طهر است، مگر این که زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت عدهٔ او سه ماه است»** و در مورد زن حامل مادهٔ ۱۱۵۳ مقرر می دارد: **«عدهٔ طلاق و فسخ نکاح ... در مورد زن حامله تا وضع حمل است»**.

تنها تفاوتی که بین مدت عدهٔ فسخ نکاح و طلاق دیده می‌شود در موردی است که فسخ راجع به نکاح منقطع است. این تفاوت از آنجا ناشی می‌شود که طلاق ویژهٔ نکاح دائم است، ولی فسخ در نکاح منقطع نیز امکان دارد و مدت آن دو طهر است، مگر این که زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت ٤٥ روز است (مادهٔ ۱۱۵۲ ق.م.).

باید افزود که عدهٔ انفساخ، در مورد مسلمان شدن زن کافر یا کفر شوهر زن مسلمان مانند عدهٔ فسخ است.

۳۳. تفاوت احکام این دو عده:

با این که مدت عدهٔ طلاق و فسخ در نکاح دائم یکسان است، احکام این دو عده و موقعیت حقوقی زن در آنها تفاوت کلی دارد:

---

۱. سید محمد کاظم یزدی، همان کتاب، ص ٧٤.

۱. دیدیم که طلاق دو قسم است: بائن و رجعی. در طلاق رجعی، شوهر می‌تواند از آن رجوع کند و، بدون این که به نکاح جدید نیازی باشد، زندگی زناشویی را از سر گیرد. این تقسیم در فسخ وجود ندارد، نکاح به طور قطعی منحل می‌شود و رجوع از فسخ امکان ندارد.

۲. زن تا زمانی که در عدهٔ طلاق رجعی است حکم زوجه را دارد: از شوهر نفقه می‌گیرد، احکام توارث بین او و شوهر باقی است و داشتن رابطهٔ نامشروع با چنین زنی حرمت ابدی ایجاد می‌کند (ش ٦٥) ولی، زنی که در عدهٔ فسخ نکاح به سر می‌برد با شوهر پیشین بیگانه است.

مبحث چهارم : عدهٔ بذل و انقضای مدت

۳۳۱. مدت عده و شرایط آن:

به موجب مادهٔ ۱۱۵۲ قانون مدنی: «**عدهٔ ... بذل مدت و انقضای آن در مورد نکاح منقطع در غیر حامل دو طهر است، مگر این که زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت ٤٥ روز است**». بنابراین، با وجودی که بیم اختلاط نسل در نکاح دائم و منقطع یکسان است، قانونگذار مدت عده را در نکاح منقطع کمتر معین کرده است[1].

ولی، این پرسش باقی است که آیا لزوم شرایط نگاهداری عده نیز مانند طلاق است و یائسه و زنی که پیش از نزدیکی، مدت نکاح او به سر آمده یا بخشیده شده است عده ندارد یا بایستی این احکام را ویژهٔ نکاح دائم شمرد؟

با این که در مادهٔ ۱۱۵۵ قانون مدنی از عدهٔ بذل و انقضای مدت نامی برده نشده است، باید حکم آن را به طریق اولی در این عده نیز رعایت کرد. زیرا، از مفاد مادهٔ ۱۱۵۲ چنین برمی آید که از نظر احترام بیشتری که اخلاق اجتماعی به نکاح دائم می‌گذارد مدت عده در این نکاح طولانی‌تر است و قانون تکیهٔ بیشتری بر لزوم خودداری زن از نکاح مجدد دارد. پیش‌گیری از اختلاط نسل نیز مبنایی است که در هر دو یکسان وجود دارد. پس، هر گاه در نکاح دایم زن یائسه و غیر مدخوله عده نداشته

---

۱. سید حسن امامی، ج۵، ص ۱۲۹ – سید علی شایگان، حقوق مدنی، ج۱، ش ٦٧٢ که این تفاوت را غیر منطقی می‌داند.

باشد، آیا نمی‌توان ادعا کرد که در نکاح منقطع نیز، به طریق اولی(قیاس اولویت) چنین زنانی عده ندارند؟

درستی این قیاس را سابقهٔ تاریخی و مذهبی قانون مدنی نیز تأیید می‌کند، زیرا در فقه تردیدی وجود ندارد که آیات مربوط به معاف بودن زن یائسه و غیر مدخوله از نگاهداشتن عده در نکاح منقطع نیز اجرا می‌شود.

۳۳۲. عده در مورد زن حامل:

در مورد بذل و انقضای مدت، مانند فسخ و طلاق، عدهٔ زن حامل تا زمان وضع حمل است و از این حیث بین نکاح دائم و منقطع تفاوتی وجود ندارد، زیرا حفظ سلامت و حمایت از جنین در هر دو مشترک است (مادهٔ ۱۱۵۳ ق.م.).

۳۳۳ . عده در صورت بطلان نکاح:

هر گاه بعد از نزدیکی زن و مرد بطلان نکاح منقطع معلوم شود، زن باید عدهٔ طلاق نگاه دارد (سه طهر یا سه ماه). زیرا، با بطلان نکاح، نزدیکی بین زن و مرد تابع احکام «وطی به شبهه» است.

۳۳٤. اثر فوت شوهر در زمان عده:

هرگاه زن در دوران عدهٔ بذل یا انقضای مدت باشد و شوهر سابق او بمیرد، این حادثه هیچ تغییری در وضع او نمی‌دهد. زن باید عدهٔ بذل مدت را ادامه دهد و پس از پایان آن برای شوهر کردن آزاد است. زیرا، همان گونه که اشاره شد، بعد از بذل و انقضای مدت شوهر نسبت به زن بیگانه است. در صورتی که فوت شوهر مقارن با پایان مدت نکاح باشد، بعضی از فقیهان احتمال داده‌اند که زن باید عدهٔ وفات نگاهدارد. ولی، چون در زمان فوت، مرد شوهر زن نبوده است، نگاهداری عدهٔ انقضای مدت منطقی‌تر به نظر می‌رسد.

همچنین است در موردی که تاریخ فوت معین نباشد، زیرا بنا بر اصل «تأخر حادث» باید وقوع آن را بعد از پایان مدت فرض کرد. لیکن، هر گاه معلوم نباشد که کدام یک از آنها (فوت و انقضای مدت) مقدم بوده است و نتوان تاریخ هیچ یک را معین کرد،

زن باید عدهٔ وفات نگاه دارد. زیرا، در صورت تردید نسبت به خروج از عده، بقای آن استصحاب می‌شود.[1]

۱. سیدمحمد کاظم یزدی، همان کتاب، ص ۹۲.

فهرست تحلیلی عنوانها

فهرست پاره‌ای از قوانین مورد استناد در این مجلد*

*- عددهای داخل پرانتز مربوط به شمارهٔ خواندنیها (قرائت و تمرین است).

مواد	موضوع
۴۳۸	۱۱۴
۴۳۹	۱۸۷
۴۴۸	۱۶۲ و ۱۸۹
۴۴۹	۱۷۵
۴۶۹	۵۳ و ۳۰۶
۴۸۱	۲۴۷
۶۱۹	۱۳۱
۶۲۰	۱۳۱
۶۲۹	۲۰
۷۰۰	۱۸۶
۸۰۳	۲۶ و ۲۷
۸۰۵	۲۷
۸۶۲	۱
۹۰۰	۶۴
۹۰۱	۶۴
۹۴۲	۶۴
۹۴۳	۱۷۳ و ۲۷۱
۹۴۴	۲۷۶ و (۹)
۹۵۰	۲۲۵
۹۵۱	۲۲۵
۹۵۹	۱۴۵ و ۱۵۵
۹۶۳	(۷)
۹۷۱	(۷)
۹۷۲	(۷)
۹۷۳	(۷)
۹۷۴	(۷)
۹۷۵	(۷) و ۱۴۵
۹۷۶	۱۴۰
۹۸۴	۱۴۰
۹۸۷	۱۴۰
۱۰۰۵	۱۳۲ و ۱۴۱ و ۲۰۰
۱۰۰۶	۱۴۱
۱۰۲۳	۲۰۶ و ۲۲۰ و ۲۲۱ و ۲۶۷
۱۰۲۹	۱۷۹ و ۲۰۶ و ۲۲۰ به بعد و ۲۶۷ و ۲۷۱ و ۳۰۱
۱۰۳۰	۲۰۶ و ۳۰۱
۱۰۳۱	۱
۱۰۳۳	۹
۱۰۳۴	۱۷
۱۰۳۵	۱۸ و ۱۹ ۲۰ و ۲۲ و ۲۳
۱۰۳۶	۲۱ و ۲۳
۱۰۳۷	۲۵ و ۲۹ و (۲)
۱۰۳۸	۲۸ و (۲)
۱۰۳۹	۳۰
۱۰۴۱	۳۹ و ۴۰ و ۴۲ و ۴۳
۱۰۴۳	۴۶
۱۰۴۴	۴۵ و ۴۶
۱۰۴۵	۵۶
۱۰۴۶	۱ و ۱۰ و ۱۱ و ۵۸

مواد	موضوع
۱۰۹۷	۱۰۵
۱۰۹۹	۹۱ و ۱۰۵ و ۲۹۵
۱۱۰۰	۸۱ و ۸۶ و ۸۷ و ۸۹
	و ۹۱ و ۱۴۹ و ۱۵۰
۱۱۰۱	۹۸ و ۱۶۱ و ۱۷۶
۱۱۰۲	۸۲ و ۱۰۷ و ۱۱۶
۱۱۰۳	۱۲۸ و ۱۴۶
۱۱۰۴	۱۲۹ و ۱۳۱ و ۲۸۰
۱۱۰۵	۱ و ۱۳۱ و ۱۳۶
۱۱۰۶	۱۰۶ و ۱۱۶
۱۱۰۷	۱۰۸ و ۱۱۷
۱۱۰۸	۱۰۷ و ۱۱۸ و ۱۲۸
	و ۱۴۶
۱۱۰۹	۱۱۲ به بعد و ۱۷۳
	و ۲۷۰ و ۲۷۵
۱۱۱۰	۱۱۲ و ۱۱۵ و ۲۷۲
۱۱۱۱	۱۰۶ و ۱۱۱ و(۵)
	۱۱۸
۱۱۱۳	۱۰۶ و ۱۱۶ و ۲۹۲
۱۱۱۴	۱۳۴ و ۱۴۶
۱۱۱۵	۱۰۷ و ۱۲۷ و ۱۳۴
	و ۱۴۶
۱۱۱۶	۱۲۷ و ۱۴۸
۱۱۱۷	۱۳۵ و ۱۳۶
۱۱۱۸	۸۳
۱۱۱۹	۱۵۳ و ۱۵۴ و ۱۸۸

مواد	موضوع
	و ۲۹۱
۱۱۲۰	۱۵۶ و ۱۷۳ و ۱۷۹
	و ۲۶۹ و ۲۷۰
۱۱۲۱	۱۴۵ و ۱۶۵ و ۱۶۶
۱۱۲۲	۱۶۰ و ۱۶۴ و ۱۶۵
۱۱۲۳	۱۶۵
۱۱۲۴	۱۶۵
۱۱۲۵	۱۶۴ و ۱۶۶
۱۱۲۶	۱۶۳ و ۱۶۵ و ۱۷۴
۱۱۲۸	۵۲ و ۱۴۸ و ۱۵۲ و
	۱۶۲ و ۱۶۷ و ۱۷۲
۱۱۳۰	۱۲۶ و ۱۴۶ و ۱۴۸
	و ۱۵۴ و ۱۶۶ و
	۱۷۹ و ۲۰۵ و ۲۰۶
	و ۲۱۵ و ۲۱۶ و
	۲۲۲ به بعد ۲۳۵ به
	بعد و(۷)
۱۱۳۱	۱۴۸ و ۱۷۵ و ۲۴۳
	و ۲۸۷
۱۱۳۲	۱۶۱
۱۱۳۳	۱۲۷ و ۱۵۳ و ۱۵۴
	و ۲۰۲ و ۲۰۳ و
	۲۱۲ و ۲۱۳ و ۲۷۸
۱۱۳۴	۱۷۹ و ۱۸۷ و ۲۰۸
	و ۲۱۰
۱۱۳۵	۱۸۴ و ۱۸۹

مواد	موضوع
۱۱۳۶	۱۸۴ و ۱۸۵ و ۱۸۹ و ۱۹۰
۱۱۳۷	۱۶۰ و ۱۸۴ و ۱۸۷ و ۱۹۱
۱۱۳۸	۱۸۷ و ۲۵۴
۱۱۳۹	۲۸۹
۱۱۴۰	۱۶۱ و ۱۹۴ و ۱۹۵
۱۱۴۱	۱۸۴ و ۱۹۴ و ۱۹۶
۱۱۴۲	۱۸۴ و ۱۹۴ و ۱۹۶
۱۱۴۳	۲۴۸
۱۱۴۴	۱۱۴
۱۱۴۵	۲۵۶ تا ۲۶۰ و ۲۶۴
۱۱۴۶	۲۶۲
۱۱۴۷	۲۶۱ و ۲۶۲
۱۱۴۸	۲۵۰ و ۲۵۵
۱۱۴۹	۲۵۳
۱۱۵۰	۶۱ و ۲۹۳ و ۳۰۵
۱۱۵۱	۲۹۶ و ۲۹۷ و ۲۹۸ و ۳۱۱
۱۱۵۲	۱۶۱ و ۳۱۱ و ۳۱۳
۱۱۵۳	۱۶۱ و ۱۹۹ و ۳۱۳ و ۳۱۴
۱۱۵۴	۳۰۷ و ۳۰۸
۱۱۵۵	۲۵۷ و ۲۵۸ و (۸) و ۲۹۶ و ۳۰۷ و ۳۱۳
۱۱۵۶	۲۷۲
۱۱۵۷	۲۹۵ و ۳۰۳ و ۳۰۵

مواد	موضوع
۱۱۶۶	۲۹۵
۱۱۶۸	۱۴۲ و ۲۵۵ و ۲۸۶
۱۱۶۹	۱۳۸ و ۲۸۶
۱۱۷۱	۱۴۲
۱۱۷۲	۲۸۷
۱۱۷۳	۲۸۶
۱۱۸۰	۱۴۲
۱۱۸۱	۱
۱۱۸۲	۱
۱۱۹۶	۱
۱۲۰۶	۱۰۶ و ۱۰۹ و (۵) و ۲۸۳
۱۲۰۸	۴۷
۱۲۱۰	۳۹ و ۴۰ و ۴۳
۱۲۱۶	۲۲۵
۱۲۳۳	۱۳۶
۱۳۰۶	۱۰۹
۱۳۲۱	(۱)

لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص

مواد	موضوع
۳	۱۷۹ و ۱۹۸ به بعد و ۲۱۳ و ۲۱۵ و ۲۱۸ و ۲۴۵ و ۲۴۶ و ۲۵۰
۴	۲۰۰ و ۲۱۸
۵	۲۰۳
۸	۲۰۲